

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANA LÍVIA CARNEIRO RAMALHO**

**APLICAÇÃO DE SANÇÕES NOS PROCESSOS DE LICITAÇÃO E  
EXECUÇÃO CONTRATUAL:** análise crítica da discricionariedade  
administrativa na dosimetria punitiva

Santa Rita - PB

2018

**ANA LÍVIA CARNEIRO RAMALHO**

**APLICAÇÃO DE SANÇÕES NOS PROCESSOS DE LICITAÇÃO E  
EXECUÇÃO CONTRATUAL:** análise crítica da discricionariedade  
administrativa na dosimetria punitiva

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Departamento de Ciências Jurídicas da  
UEPB (DCJ-CCJ), como requisito para  
obtenção do diploma de bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. Ms. Waldemar de  
Albuquerque Aranha Neto

Santa Rita - PB

2018

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

**Ramala Ramalho, Ana Livia Carneiro.**

**APLICAÇÃO DE SANÇÕES NOS PROCESSOS DE LICITAÇÃO E  
EXECUÇÃO CONTRATUAL: análise crítica da discricionariedade administrativa  
na dosimetria punitiva / Ana Livia Carneiro Ramalho. - Santa Rita, 2018.**

**84 f. : il.**

**Orientação: Waldemar de Albuquerque Aranha Neto.**

**Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/Santa Rita.**

**1. Licitação Pública; Discricionariedade; Sanções. I. Aranha Neto, Waldemar de  
Albuquerque. II. Título.**

**UFPB/CCJ**

**ANA LÍVIA CARNEIRO RAMALHO**

**APLICAÇÃO DE SANÇÕES NOS PROCESSOS DE LICITAÇÃO E  
EXECUÇÃO CONTRATUAL: análise crítica da discricionariedade  
administrativa na dosimetria punitiva**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e  
submetido à avaliação da banca examinadora como  
requisito para obtenção do título de Bacharel no  
Curso de Graduação em Direito da Universidade  
Federal da Paraíba.

Aprovado em:

Banca examinadora:

---

Prof. Ms. Waldemar de Albuquerque Aranha Neto  
Orientador

---

Avaliador  
Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos

---

Avaliador  
Prof. Dr. Valfredo De Andrade Aguiar Filho

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pelas constantes bênçãos derramadas em minha vida.

Ao meu querido esposo, Lucas Moreno, pela paciência e incondicional apoio nesta conclusão da minha segunda graduação.

A meus pais e irmãos, por serem minha fortaleza e desejarem sempre o melhor para mim.

Aos meus amigos e colegas de turma, pela parceria e ajuda na concretização desse sonho.

Ao meu orientador, Waldemar Albuquerque Aranha Neto, por ter aceitado essa árdua missão.

Aos demais professores, servidores e à UFPB, por terem sido decisivos na minha formação no Curso de Graduação em Direito.

À Pró-Reitoria de Administração, principalmente nas pessoas de Demóstenes Burégio e Aluísio Souto, por terem autorizado a minha licença para capacitação, e, assim, terem permitido minha maior dedicação ao término deste Trabalho de Conclusão de Curso.

*"LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça"*  
(Eduardo Couture)

## RESUMO

RAMALHO, Ana Livia Carneiro. **Aplicação de sanções nos processos de licitação e execução contratual**: análise crítica da discricionariedade administrativa na dosimetria punitiva. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal da Paraíba. Santa Rita, 2018. 84p.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a aplicabilidade de um regulamento padrão do processo administrativo de sanção disciplinar, em um cenário no qual o legislador permite que a Administração Pública indique a sanção a ser aplicada no caso concreto. Visando alcançar este objetivo, foram analisados os preceitos jurídicos e os critérios que devem nortear a definição e a dosagem da sanção no caso concreto pela autoridade administrativa. A metodologia utilizada foi uma análise qualitativa exploratória, por meio do procedimento de uma pesquisa bibliográfica; documentação indireta na coleta de dados; e o método de abordagem dedutivo. A lei nº 8.666/93 exige que a Administração Pública interprete suas lacunas legislativas na apuração e aplicação das penalidades, como por exemplo, a tipificação das condutas, a correlação entre as infrações e as sanções, a autoridade administrativa competente para aplicar todas as sanções e as regras procedimentais que irão nortear o processo administrativo punitivo. Enquanto a lei nº 10.520/2002, não previu no seu art. 7 de que maneira se daria a dosimetria da sanção de impedimento de licitar. Numa tentativa de encontrar uma solução para ampliar a segurança jurídica, foram enfrentados temas complexos e descobriu-se a existência de inúmeras divergências e insuficiência legislativa encontradas nesta temática de sanções administrativas. A falta de tipificação destas infrações remete a discricionariedade administrativa escolher a infração e determinar as possíveis causas de incidência de aplicação de sanções, e, assim, permite que cada órgão e entidade escolha da forma que achar conveniente e oportuna a gravidade da ilicitude praticada. Em face deste cenário de incertezas, destaca-se a necessidade de uma lei regulamentadora de caráter nacional para sanar estas lacunas legislativas e priorizar a segurança jurídica.

Palavras-chave: Sanção administrativa; Licitação pública; Discricionariedade; Dosimetria da pena; Processo administrativo.

## ABSTRACT

RAMALHO, Ana Livia Carneiro. **Application of sanctions in bidding processes and contractual execution:** critical analysis of administrative discretion in punitive dosimetry. Course conclusion dissertation (Law degree). Center of Legal Sciences. Universidade Federal da Paraíba. Santa Rita, 2018. 84p.

The present research aims to analyze the applicability of a standard regulation of the administrative process of disciplinary sanction, in a scenario in which the legislator allows the Public Administration to indicate the sanction to be applied in the concrete case. In order to achieve this objective, we analyzed the legal precepts and the criteria that should guide the definition and measurement of the sanction by the administrative authority in the concrete case. The methodology used was a qualitative exploratory analysis, through the procedure of a bibliographical research; indirect documentation in data collection; and the deductive approach method. Law number 8,666/93 requires the Public Administration to interpret its legislative shortcomings in the calculation and application of penalties, such as the definition of conduct, the correlation between infractions and sanctions, the administrative authority competent to apply all penalties and the procedural rules that will guide the punitive administrative process. While Law number 10,520/2002, did not predict in its 7th article how the dosimetry of the prohibition of bidding would be given. In an attempt to find a solution to increase legal certainty, we confronted complex issues and were faced with the existence of numerous divergences and legislative insufficiency found in this issue of administrative sanctions. The lack of typification of these infractions refers to the administrative discretion to choose the infraction and to determine the possible causes of incidence of sanctions application, and, thus, allows each organ and entity to choose in the way that it considers convenient and timely the seriousness of the illicit practice. We emphasize the need for a regulatory law to remedy these legislative shortcomings and prioritize legal certainty.

**Keywords:** Administrative sanction; Public tender; Discretionary; Dosimetry of the sentence; Administrative process.



## LISTA DE FIGURAS

<b>Figura 1:</b> Fases do Processo Administrativo.....	35
<b>Figura 2:</b> Distribuição de sanções.....	60
<b>Figura 3:</b> Sanções relativas à licitação .....	64
<b>Figura 4:</b> Sanções relativas a execução do contrato.....	65

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>13</b>
2.1 LICITAÇÃO.....	13
2.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	14
2.3 CLÁUSULAS EXORBITANTES.....	17
<b>2.3.1 Poder de alteração unilateral do contrato.....</b>	<b>18</b>
<b>2.3.2 Possibilidade de rescisão unilateral.....</b>	<b>18</b>
<b>2.3.3 Poder de fiscalização da execução dos contratos.....</b>	<b>20</b>
<b>2.3.4 Aplicação de sanções.....</b>	<b>20</b>
<b>2.3.5 Poder de ocupação temporária.....</b>	<b>21</b>
2.4 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	26
<b>2.4.1 Questões controversas das sanções administrativas previstas nas leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002.....</b>	<b>26</b>
<b>3 DOSIMETRIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>31</b>
3.1 PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	31
3.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES NOS PROCEDIMENTOS DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES.....	36
<b>3.2.1 Princípio da legalidade.....</b>	<b>36</b>
<b>3.2.2 Princípio da Tipicidade.....</b>	<b>37</b>
<b>3.2.3 Princípio da culpabilidade.....</b>	<b>40</b>
<b>3.2.4 Princípio da proporcionalidade.....</b>	<b>41</b>
3.3 CRITÉRIOS DOSIMÉTRICOS PARA A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	43
<b>4. A DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NA GRADAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>49</b>
4.1 ATOS DISCRICIONÁRIOS E VINCULADOS.....	49
4.2 DA ILEGALIDADE E DO ABUSO DE PODER.....	53
4.3 GRADAÇÃO DAS PENAS E A DISCRICIONARIEDADE.....	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	69
REFERÊNCIAS .....	72
ANEXOS .....	77

ANEXO A .....78

ANEXO B .....81

## 1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública direta ou indireta apresenta como sua finalidade a satisfação direta e imediata dos fins do Estado para a consecução dos interesses coletivos. Entretanto, para a mesma alcançar tal finalidade, necessita manter toda a sua complexa estrutura, através de contratação de serviços e aquisições, e isto só é possível por meio de licitação, devido à obrigatoriedade deste procedimento, ressalvados casos específicos.

A licitação é um procedimento administrativo, cuja intenção é assegurar a igualdade entre os participantes, visando selecionar a proposta mais vantajosa à administração para a aquisição de bens ou serviços, contrato de obra, assim como concessão e permissão de serviços públicos.

A Lei nº 8.666/1993 estabelece normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública e a Lei 10.520/2002 instituiu a modalidade pregão. As cláusulas previstas nestes processos licitatórios e contratos administrativos devem ser cumpridas, e caso ocorra alguma irregularidade, deverá a Administração proceder com a instauração do processo administrativo sancionador diante dos descumprimentos obrigacionais.

Embora, uma parte da doutrina entenda que o art. 87 da Lei 8.666/93 é uma afronta ao princípio da tipicidade, devido a ausência de previsão legal das situações de cabimento das sanções previstas nas sanções de suspensão (inciso III) e inidoneidade de licitar (inciso IV). Este art. 87, não correlacionou as infrações com as sanções, ficando a critério da autoridade administrativa esta missão de interpretação e dosimetria da pena. Faltou um esboço dos tipos penais para o contrato. E, por sua vez, a lei nº 10.520/2002 não previu no seu art. 7º de que maneira se daria a dosimetria da sanção de impedimento de licitar.

Assim, do rol de sanções administrativas que estas leis dispõem, a escolha de qual das penalidades deverá ser aplicada cabe a um agente público que possui uma razoável liberdade de atuação decidindo dentro do permitido em lei, sobre a conveniência e oportunidade. Devemos considerar que a margem para a escolha da administração acaba sendo muito vasta, tanto que ao consultar determinada empresa que sofreu sanção administrativa, é comum verificar que diante de um mesmo ato irregular cometido por esta, existe uma divergência de penalidades impostas pelos mais diferentes órgãos públicos federais. Dentro deste cenário, o Tribunal de Contas da União (TCU) recomenda que os órgãos públicos federais criem regras mais estáveis para ofertar uma previsibilidade às relações jurídicas, para que não ocorra abuso de poder ou de má-fé.

Diante do exposto, observamos que devem existir limites para a discricionariedade do administrador público na gradação da sanção administrativa. Assim, questionamos: é possível elaborar um regulamento padrão dispondo de critérios para disciplinar a discricionariedade da Administração Pública na dosimetria da pena, a fim de criar regras mais estáveis, atendendo a recomendação do TCU?

Este trabalho denota particular interesse, devido ao fato da autora trabalhar diretamente com a temática de sanções no processo licitatório em questão na Pró-reitoria Administrativa da UFPB e acredita que o conhecimento dispensado ao Direito Administrativo é imprescindível ao bom andamento dos trabalhos, devendo ser constantemente aperfeiçoado. Como também, apresenta relevância social ao buscar meios para que haja parâmetros mais próximos de uma uniformidade nas punições aplicadas pela Administração Pública, e assim obedecer aos princípios que norteiam o processo administrativo, em especial a razoabilidade, a proporcionalidade e a segurança jurídica.

Destacamos sua relevância, em especial na área acadêmica, ao propiciar a investigação científica da atuação estatal em processo licitatório, sua repercussão no direito interno, bem como os desafios enfrentados nesse âmbito.

Nessa conjuntura insere-se a pesquisa, cujo objetivo é o de analisar a aplicabilidade de um regulamento padrão do processo administrativo de sanção disciplinar, em um cenário no qual o legislador permite que a Administração Pública indique a sanção a ser aplicada no caso concreto. Visando alcançar este objetivo, analisamos os preceitos jurídicos e os critérios que devem nortear a definição e a dosagem da sanção no caso concreto pela autoridade administrativa.

Iremos utilizar na metodologia uma análise qualitativa exploratória, por meio do procedimento de uma pesquisa bibliográfica de livros, legislações, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, a fim de compreender este fenômeno estudado. Como também, a técnica de coleta de dados denominada de documentação indireta, pois a coleta dar-se-á em fontes indiretas, ou seja, sobre obras de pessoas que tratam do fato, bem como pela análise textos legais e precedentes judiciais do TCU e Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O método de abordagem será o dedutivo, visando esclarecer as ideias, partindo do geral para o particular, alcançando à conclusão.

Num primeiro momento, apresentamos sanções administrativas em licitações públicas e contratos administrativos. Iniciamos destacando os aspectos gerais da licitação, as

especificidades dos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes e as legislações aplicáveis as sanções administrativas, bem como seus pontos controversos.

Num segundo momento, analisamos a dosimetria da sanção administrativa no procedimento administrativo. Abordaremos os aspectos gerais desse processo administrativo sancionador, logo após estudaremos os princípios que devem norteá-lo e finalizamos com os critérios dosimétricos gerais que devem ser observados para ter como resultado uma sanção adequada e individualizada a cada empresa.

Apresentamos, por fim, a discricionariedade do administrador público na gradação da sanção administrativa. Analisamos uma visão geral sobre os atos administrativos, o estudo sobre a diferença entre atos discricionários e vinculados, ilegalidade e abuso de poder, e a análise da discricionariedade do administrador público na gradação da sanção administrativa.

## **2. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

A licitação pública e os contratos administrativos devem prever as sanções que os contratados estarão sujeitos caso descumpram alguma obrigação imposta. Nesse contexto, inicialmente, é necessário analisar aspectos gerais da licitação, as especificidades dos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes e as legislações aplicáveis as sanções administrativas, bem como seus pontos controversos. A seguir, a apresentação da referida análise.

### **2.1 LICITAÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 prevê no seu inciso XXI do art. 37 que:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Visando atender a este dispositivo, a Lei nº 8.666/1993 foi criada para estabelecer as normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, condensando suas normas e princípios fundamentais sobre os contratos administrativos e também sobre as licitações.

A nossa Carta Política de 1988 no seu art. 22, XXVII, afirma que compete privativamente à União Federal legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como também para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

O nosso ordenamento jurídico considera como Administração Pública exclusivamente os órgãos que integram a administração direta e entidades da administração indireta. Considerando órgãos da administração direta aqueles “órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais a lei confere o exercício de funções administrativas” (DI PIETRO, 2009, pág. 37) . E como administração indireta, as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, independente da atividade que exercerem (ALEXANDRINO, PAULO, 2013, pág. 19).

O processo licitatório é fundamental para a manutenção da estrutura administrativa pública que constantemente necessita de demandas em atividades como obras, serviços, compras, alienações e locações.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2013, p. 597), afirmam que a doutrina conceitua a licitação como:

[...] um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem.

A licitação permite que todos os interessados, que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes no instrumento convocatório, apresentem suas propostas. O edital ou carta-convite é a forma prevista na lei para convocar estes interessados, por isso deve apresentar informações como as condições básicas para participar da licitação e as normas que devem ser observadas no contrato que será celebrado. Assim, o edital representa a lei da licitação e, conseqüentemente, a lei do contrato, visto que quem o adere esta demonstrando interesse na convocação, além de estar aceitando as condições que foram impostas, não sendo possível, em regra, alterações futuras destas condições a nenhuma das partes (particular e Administração). Caso o particular apresente propostas ou documentação em desconformidade com o exigido no instrumento convocatório, estará sujeito a sofrer uma desclassificação ou inabilitação, respectivamente (DI PIETRO, 2017, p. 411).

Para complementar a Lei 8.666/1993 (Estatuto), surgiu a Lei 10.520/2002, que institui a modalidade pregão. Esta modalidade é utilizada para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação. Portanto, as modalidades de licitação previstas por estas mencionadas leis são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão.

Por meio do Decreto 5.450/2005, art. 4º, §1º, a União Federal passou a impor o uso da modalidade pregão nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica, exceto nos casos de comprovada inviabilidade.

## 2.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO



José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 177) afirma que o contrato administrativo é “o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.

Enquanto Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 295) conceitua contrato administrativo como sendo “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.

Bem como as licitações, o contrato administrativo também é regido pela Lei 8.666/1993. Observando os contratos em geral, as normas contidas nesta mencionada lei se caracterizam como específicas, devendo-se aplicar subsidiariamente o Código Civil as normas gerais sobre contratos.

É importante destacar que algumas modalidades de contratos administrativos estão disciplinadas por leis específicas.

O contrato administrativo possui características que são peculiares a sua natureza, assim, dentre estas, podemos mencionar as seguintes características: presença da Administração Pública como Poder Público (prerrogativas que garantem sua posição de supremacia sobre o particular); finalidade pública (está presente em todos atos e contratos da Administração Pública); obediência à forma prescrita em lei (como prazo, arquivamento, publicação, e cláusulas necessárias); procedimento legal (estes procedimentos para a celebração de contratos são estabelecidos por lei e podem variar de uma modalidade para outra, englobando medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação); natureza de contrato de adesão (é o Poder Público quem estabelece, previamente, as cláusulas contratuais); natureza *intuitu personae* (a execução cabe ao contratado que se obrigou perante a Administração, sendo permitido ao contratado, subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração, sem prejuízo de sua responsabilidade legal e contratual - art. 72, da Lei 8.666/1993); presença de cláusulas exorbitantes; mutabilidade (provém de determinadas cláusulas exorbitantes) (DI PIETRO, 2018, p. 304-320).

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 182) complementa mencionando como características a comutatividade (os direitos e deveres são recíprocos, além de serem previamente ajustados e conhecidos); e a bilateralidade (pois as obrigações devem existir para ambas as partes).

No tocante ao formalismo, faz-se necessário a observação de certos requisitos externos e internos. Assim, os contratos administrativos devem ser formalizados por meio de um instrumento escrito, exceto o de pequeno valor com imediato pagamento; e por meio de termo de contrato, carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. Depois de celebrados, os contratos administrativos devem ser publicados, resumidamente, no órgão oficial de imprensa para produzir seus efeitos (CARVALHO FILHO, 2017, p. 204).

O contrato e a licitação são dirigidos pelo termo de contrato ou outro instrumento equivalente, em razão disso as cláusulas constantes no instrumento convocatório da licitação devem ser bem examinadas. Nos casos em que o contrato é celebrado sem licitação, deve respeitar os termos do ato que o autorizou e da proposta, quando for o caso (DI PIETRO, 2017, 305).

A Lei 8.666/1993 (art. 55) traz um rol de cláusulas necessárias que deverão constar obrigatoriamente nos contratos administrativos, que estabelecem: o objeto e seus elementos característicos; o regime de execução ou a forma de fornecimento; os detalhes sobre os valores do contrato, como condições de pagamento e reajustamento de preços; os prazos para cumprir a execução do contrato; as garantias para assegurar sua execução; os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; os casos de rescisão; entre outros. Estas cláusulas são indispensáveis à validade do negócio jurídico.

A fim de esmiuçar todos esses comandos legais e normativos aplicáveis, racionalizando o modo de produção de editais, a Advocacia Geral da União (AGU) disponibiliza em seu site oficial modelos de minutas de editais, contratos e convênios, para que os órgãos que são por ela assessorados tenham um ponto de partida na elaboração dos seus textos, e, conseqüentemente, manter a regularidade das redações finais, padronizando a atuação jurídica das licitações e contratos do Poder Executivo Federal, com o intuito de conferir segurança e celeridade da análise jurídica no âmbito das Consultorias.

Este manual de procedimentos licitatórios é amplamente utilizado também por gestões estaduais e municipais.

A AGU alerta que a correta utilização dos modelos depende do conhecimento e concordância com os seguintes pressupostos: as notas explicativas são de suma importância para a produção do texto; a participação das Consultorias Jurídicas de cada órgão público nesta fase de elaboração; destacar as alterações, exclusões e inclusão de novas regras editalícias ou contratuais que estão divergentes dos modelos originais, e comunicar

formalmente, a justificativa adequada em documento apartado, ao órgão de Consultoria por ocasião da remessa para a análise de que trata o art. 38, parágrafo único da Lei n. 8.666/1993.

Nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 297), o regime jurídico administrativo caracteriza-se por prerrogativas e sujeições. As prerrogativas outorgam poderes à Administração, colocando-a em posição de supremacia sobre o particular. Enquanto as sujeições são impostas como limites à atuação administrativa, indispensáveis para garantir o cumprimento às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos.

## 2.3 CLÁUSULAS EXORBITANTES

Os contratos administrativos são diferentes dos contratos privados especialmente pela existência das cláusulas exorbitantes, pois estas são prerrogativas próprias do Direito Público atribuídas à Administração por excederem as cláusulas comuns do direito privado, em consonância com o princípio da supremacia do interesse público (ALEXANDRINO, PAULO, 2007, p. 392- 394).

As cláusulas exorbitantes existem implicitamente nos contratos administrativos, mesmo que não estejam expressamente previstas. Entretanto, quando a Administração celebra contratos de direito privado, as cláusulas exorbitantes devem vir previstas expressamente, baseando-se em lei que suprima o direito comum, pois é uma excepcionalidade (DI PIETRO, 2017, p. 300).

Estas cláusulas se estabelecem como princípios de direito público formando a estrutura do regime jurídico de direito público (CARVALHO FILHO, 2017, p. 196). Sob a nomenclatura de “prerrogativas”, a lei 8.666/1993 prevê:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

- I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
- III - fiscalizar-lhes a execução;
- IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Devemos frisar que estas prerrogativas não alcançam as empresas públicas e as sociedades de economia mista, pois estas possuem natureza de pessoas administrativas de direito privado.

### **2.3.1 Poder de alteração unilateral do contrato**

Esta prerrogativa permite uma flexibilização na relação contratual diante de novos fatos administrativos. Entretanto, para proceder à alteração unilateral devem ser respeitados alguns limites, além de atender ao interesse público indicado pela Administração. Salientamos que deve ser preservado o equilíbrio do contrato com relação as cláusulas econômico-financeiras e monetárias, não podendo ser alteradas sem a prévia concordância do contratado (CARVALHO FILHO, 2017, p. 197). Por isto, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2007, p. 396) afirmam que esta prerrogativa abrange exclusivamente as cláusulas regulamentares ou de serviço que dispõem sobre o objeto do contrato e sua execução.

O estatuto prevê no seu artigo 65, I, que a administração pode alterar unilateralmente quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; bem como quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, respeitado os limites permitidos por esta lei. Então, o contratado deve aceitar acréscimos ou supressões em obras, serviços ou compras até 25% do valor inicial atualizado do contrato, ou até 50% para reforma de edifício ou equipamento. Quando se tratar de supressão resultante de acordo entre as partes, qualquer porcentagem é admitida.

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 197) menciona que, desta forma, a lei “confere à Administração o direito de exigir que o contratado se submeta às alterações impostas nesses limites, ao mesmo tempo em que comina ao contratado a obrigação de aceitá-las”.

### **2.3.2 Possibilidade de rescisão unilateral**

O art 78, do estatuto, enumera as hipóteses de rescisão do contrato e o art 79 menciona os ensejadores da rescisão unilateral do contrato. Destarte, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 314) lista como possibilidades:

a) O inadimplemento com culpa: engloba o não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, lentidão do seu cumprimento, atraso injustificado para

iniciar ou paralisação no cumprimento do contrato, subcontratação total ou parcial do seu objeto, cessão, transferência (exceto se admitidas no edital ou no contrato), desatendimento de determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, cometimento reiterado de faltas, descumprimento da proibição sobre trabalho de menor (art. 78, I a VIII e XVIII);

b) O inadimplemento sem culpa: compreende hipóteses que caracterizem desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou comprometimento da execução do contrato: decretação de falência, instauração de insolvência civil, dissolução da sociedade, falecimento do contratado, alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa (art. 78, IX a XI);

c) Razões de interesse público (art. 78, XII);

d) Caso fortuito ou de força maior que impede a execução do contrato (art. 78, XVII).

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 198) cita duas principais razões para a rescisão unilateral ocorrer: no tocante ao cumprimento do contrato pelo particular e o relacionado ao interesse da própria Administração. Desta maneira, estão incluídos como motivos sobre o cumprimento do contrato o inadimplemento com e sem culpa. Nestes casos, a administração não paga nada, pois o contratado deu ensejo. Inclusive, se a Administração comprovar que teve prejuízos pelo descumprimento, passa a ser credora de indenização. Conforme prevê o art. 80, I a IV do estatuto, este fato dá causa para que a Administração assuma imediatamente o objeto do contrato e ocupe os locais necessários à execução, execute a garantia contratual para ressarcimento dos prejuízos e tenha o direito de reter créditos decorrentes do contrato. Quanto ao relacionado ao interesse da própria Administração, estas razões devem ser exclusivamente administrativas e devem ter uma alta relevância e amplo conhecimento, devendo ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente. Como não há a culpa do contratado, este será ressarcido dos prejuízos comprovados que houver sofrido (Art 79, §1º e §2º, do estatuto).

O art. 79, § 2º, do estatuto, afirma que nos casos de caso fortuito ou força maior, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados e, ainda, a devolver a garantia, pagas as prestações devidas até a data da rescisão e o custo da desmobilização. Maria Sylvia Di Pietro (2017, p. 315) critica este posicionamento, afirmando que como nenhuma das partes deu causa, pois são estranhos à vontade das partes e inevitáveis, os casos fortuitos ou de força maior por si só impediram a execução do contrato, então “o contrato

deveria rescindir-se de pleno direito, não se cogitando de indenização; não tem qualquer sentido a Administração indenizar o particular por um prejuízo a que não deu causa”.

Frisamos sobre a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), que o art. 476 do Código Civil prevê: “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

O art. 78, XV da lei 8666/1993 afirma ser causa de rescisão contratual culposa:

o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 200) menciona que apesar desse dispositivo dar a entender que o particular só pode reclamar de atraso após os 90 dias, ele acredita que, em situações especiais, o contratante prejudicado teria o direito à rescisão do contrato com culpa da Administração mesmo antes desse prazo, pois poderia ficar impossibilitado de dar continuidade ao contrato pela falta de pagamento. Nesta situação excepcional, o prejudicado teria que recorrer à via judicial para suspender o contrato e evitar que futuramente a Administração, que estava inadimplente, viesse a lhe imputar conduta culposa recíproca.

### **2.3.3 Poder de fiscalização da execução dos contratos**

Esta prerrogativa exige que a execução do contrato seja acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, para anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato. O mesmo deverá fornecer informações sobre a regularização das faltas ou defeitos observados, assim como, caso alguma decisão ultrapasse sua competência, deverá solicitá-la a seus superiores (DI PIETRO, 2017, p. 315).

É facultada, a este fiscal, a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações relevantes.

### **2.3.4 Aplicação de sanções**

A Administração Pública tem como prerrogativa a aplicação de sanções ao particular que cometeu faltas durante a execução do contrato. Estas sanções estão previstas em lei, e

permitem a punição do inadimplente de forma direta, sem ser necessário autorização judicial (ALEXANDRINO, PAULO, 2017, p. 403).

Para o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 201), na lei 8.666/1993 é possível observar dois grupos de sanções extracontratuais. O primeiro grupo está enumerado no artigo 80 e geram um fato administrativo (a tomada de direção do objeto do contrato pela Administração; a execução da garantia contratual, com vistas a indenizar a Administração pelas multas e prejuízos causados; a ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato; a execução da garantia contratual, para indenizar a Administração pelas multas e prejuízos causados; e a retenção dos créditos do contratado inadimplente até o limite dos prejuízos causados à Administração). Já o segundo advém na prática de um ato administrativo e estão previstas nos arts. 86 a 88, na seção das denominadas sanções administrativas.

Este tema será melhor abordado, adiante, em um tópico específico.

### **2.3.5 Poder de ocupação temporária**

Esta prerrogativa tem o condão de assegurar a continuidade da execução do contrato, tanto nas hipóteses da sua paralisação provocar prejuízo ao interesse público, como também no seguimento de serviço público essencial, ferindo o princípio da continuidade do serviço público (DI PIETRO, 2017, p. 319).

Frisamos que este poder de ocupação temporária só é possível nos casos de rescisão unilateral, e suas conseqüências estão constantes no art. 80, do estatuto.

## **2.4 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

O tema sanção administrativa é pouco analisado na doutrina brasileira. Podemos observar a existência de poucas obras recorrendo de forma mais aprofundada sobre este tema, limitando-se apenas a citar sua existência na lei 8666/83 descrevendo as infrações administrativas e atribuindo-lhes sanções, quase sempre sem estabelecer um rol de princípios gerais aplicáveis à atividade sancionadora praticada pela Administração Pública. Isto traz um problema diante da sua importância e gravidade para assegurar direitos individuais dos contratados (MELLO, 2001, p. 143-144).

Em 2015, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG divulgou o Caderno de Logística sobre sanções administrativas voltada para implementar diretrizes para

formulação de procedimento administrativo específico. Este argumenta, que dentre conceitos relevantes, é preciso diferenciar infração administrativa de sanção administrativa. A “infração administrativa é comportamento ou a omissão que viola alguma norma de natureza administrativa, podendo ou não causar prejuízos ao órgão”. A sanção administrativa é uma penalidade que deve estar disposta, previamente, em lei, edital ou contrato e deve ser aplicada pela Administração Pública no exercício da função administrativa, em decorrência de um fato típico administrativo. Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa devem ser respeitados pela autoridade, por meio do devido processo legal (MPOG, 2015, p. 10). Assim, a sanção administrativa deriva do exercício da função administrativa, sendo subordinada à lei. Destarte, possui um regime jurídico próprio que apresenta como características os atributos do ato administrativo: a presunção de legalidade, imperatividade e exigibilidade (MELLO, 2000, P 149 – 151).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 797) considera que “infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa”.

São infrações administrativas em espécie previstas nas leis 8.666/1993 e 10.520/2002: inexecução total ou parcial do contrato; a recusa injustificada em assinar o contrato; atraso injustificado na execução do contrato; fraude fiscal; prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; demonstração de inidoneidade para contratar com a Administração; e falta ou efeito na execução do contrato (FLEURY, 2016).

As cláusulas previstas no processo licitatório e contrato administrativo devem ser obedecidas, e caso ocorra alguma irregularidade, deverá a Administração proceder com a instauração do processo administrativo sancionador diante dos descumprimentos obrigacionais.

Esta previsão da obrigatoriedade em aplicar as penalidades fortaleceu-se com o seguinte entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU):

9.5 Determinar ao MP, CNJ, CNMP, Senado, Câmara e TCU que:  
 9.5.1 orientem os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, para que autuem processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 e alertem-nos de que tal dispositivo tem caráter abrangente e abarca condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença” (Acórdão Plenário TCU nº754/2015).



Atualmente, a jurisprudência deste Tribunal Administrativo considera o poder da Administração em aplicar sanções como um instrumento de controle da execução contratual, de aprimoramento da atividade administrativa e do comportamento dos gestores. Portanto, o TCU proíbe o gestor de se abster na aplicação das medidas previstas em Lei e no contrato, devendo o mesmo apreciar a gravidade dos fatos e as justificativas do contratante inadimplente, para decidir quanto à proporcionalidade das penas (MPOG, 2015, p. 14).

Entretanto, a lei nº 8.666/1993 e a lei 10.520/2002 apresentam tratamentos um pouco diferenciados no que diz respeito à sanção administrativa. Dispomos no nosso ordenamento jurídico dessas duas leis ordinárias que possuem o mesmo poder normativo, além de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, nos termos da Constituição Federal (REIS, 2005, p. 2).

Diante deste problema exposto, é importante detalhar primeiramente as sanções previstas na Lei 8.666/1993.

Esta referida lei prevê no seu art. 87 que *se o contratado não executar totalmente ou parcialmente o contrato*, a Administração poderá aplicar as sanções administrativas de: advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Frisamos que este artigo elencou as sanções cabíveis, mas foi omissa sobre os pressupostos de aplicação de cada sanção, de maneira que os órgãos pudessem estruturar suas aplicações (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1015).

A advertência é a pena mais branda, devendo ser aplicada em circunstâncias de menor lesividade, e exige a instauração de processo administrativo. Como bem exposto por Fleury (2016), “o legislador incorreu em flagrante equívoco, pois não se revela cabível ou prestante advertir o contratado, uma vez rescindido o contrato em virtude da sua inexecução”.

Marçal Justen Filho (2012, p. 1019) destaca que para aplicação da sanção de advertência supõe-se conduta de inexecução parcial de deveres de menor relevância. Assim seria uma forma de avisar que a Administração está insatisfeita com a conduta inapropriada e caso ocorra reincidência, este será punido com uma sanção mais severa. Na prática, a omissão legislativa não informa as conseqüências em caso de reincidência.

A citada declaração de inidoneidade do contratado permanece enquanto perdurarem os motivos que determinaram sua punição ou até que ocorra a sua reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade. Esta reabilitação será concedida sempre quando o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos causados e após decorrido o prazo de 2

(dois) anos de sua aplicação. Desta forma, a lei não definiu um limite determinado para a sanção de declaração de inidoneidade, apenas previu um limite mínimo de 2 (dois) anos (Art. 87, IV, Lei 8.666/1993).

Nos ensinamentos do professor Renato Fenilini (2018, p. 201), mesmo que não haja previsão expressa na lei 8.666/1993, a sanção de declaração de inidoneidade decai em 5 (cinco) anos, devido ao contido na lei nº 9.873/1999. Então, mesmo que não tenham desaparecidos os motivos que determinaram a punição, assim como o contratado penalizado não repare os prejuízos causados, a sanção de declaração de inidoneidade durará no máximo 5 (cinco) anos.

A competência para aplicar esta sanção de inidoneidade é exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal (Art 87, § 3º, Lei 8.666/1993).

Marçal Justen Filho (2012, p. 1020), ao se referir à suspensão temporária e a declaração de inidoneidade, diz que:

o grande problema é o laconismo da lei. Não existe diferenciação entre os pressuposto de aplicação das duas sanções, as quais apresentam diversos pontos em comum. A pretensão de instituir competência discricionária para pronunciar a existência de um ilícito e para escolher a sanção cabível infringe o regime constitucional.

Portanto, evidencia-se que a suspensão temporária é considerada uma sanção mais leve que a declaração de inidoneidade, já que a suspensão é aplicada pela autoridade competente do próprio órgão contratante, enquanto a aplicação da declaração de inidoneidade compete à autoridade máxima do órgão. Embora, em ambos os casos, a penalidade acarreta a proibição ao particular de participar de licitação e de manter contrato com a Administração Pública.

É permitida por lei, exclusivamente, a acumulação da penalidade de multa com as penalidades de advertência, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87, § 2º). Sendo vedada a acumulação de sanções administrativas em alguma outra conjectura.

Existem dois tipos de multas: moratória e compensatória. A primeira tem sua previsão legal no art. 86, Lei nº 8.666/93, devendo ser aplicada em caso de atraso injustificado na execução do contrato, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. A administração ainda tem interesse em receber a obrigação atrasada, portanto o pagamento da multa moratória não exime o cumprimento da obrigação. Esta será descontada da garantia do

respectivo contratado, caso a multa seja de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou pode ser cobrada judicialmente. Já a multa compensatória, está prevista no art. 87, Lei nº 8.666/93, e art. 7º, Lei nº 10.520/2002, assim, a inadimplência do contratado pode ser penalizada com a multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. Neste caso, a Administração não tem interesse em receber a obrigação não cumprida, com isto o fornecedor deverá indenizar a Administração pela obrigação que não receberá. Só é permitida a cobrança de multa, se esta estiver prevista no edital ou contrato (ZANONI, 2018).

Ressaltamos que Marçal Justen Filho (2012, p. 1015) aponta que a pena de multa só pode ser aplicada se tanto os seus pressupostos como a sua extensão estiverem determinadas por lei. Caso tenha a previsão da pena de multa de natureza financeira no edital e no contrato, este deverá mencionar que terá natureza civil (cláusula penal), pois irá corresponder a uma predeterminação de perdas e danos. Não estará enquadrada como penalidade administrativa.

A lei 8.666/1993 declara ainda, no seu artigo 88, que as sanções de suspensão temporária e impedimento de contratar com a Administração, como também a declaração de inidoneidade, poderão ser aplicadas aos fornecedores que sofreram condenação definitiva de fraude fiscal, praticaram atos ilícitos com o intuito de frustrar a licitação e revelem não possuir idoneidade para contratar com a Administração diante dos atos ilícitos praticados. Assim, diante da falta de pressupostos, mais uma vez a aplicação caberá a interpretação aos agentes administrativos.

No que diz respeito à lei 10.520/2002, esta traz hipóteses que constituem tipos penais, prevendo a penalidade de impedimento de participar de licitações e de ser contratado pela Administração Pública pelo prazo de até 5 (cinco) anos. Assim, o art. 7, dispõe:

Art. 7 Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Destacamos que “a aplicação literal e isolada do artigo 7º da Lei 10.520/2002 iguala situações de gravidade muito diferentes como retardar ou falhar na execução do contrato com cometer fraude fiscal” (MEDEIROS, 2012, p. 4). Desta forma, uma penalidade menos danosa

a Administração Pública igualada a uma gravíssima, pode provocar a desconsideração dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que são de suma importância para uma interpretação constitucional da lei.

Devemos lembrar que devido a regra imposta pela União (Decreto 5.450/2005, art. 4º, §1º), o uso da modalidade pregão nas licitações para aquisição de bens e serviços comum é utilizado em quase todas as licitações no âmbito federal, exceto as vendas de objetos e as obras de alguma complexidade.

Para a aplicação dessas sanções administrativas listadas na Lei nº 8.666/1993, e na Lei nº 10.520/2002, é obrigatório a instauração, processamento e julgamento pela autoridade competente (MPOG, 2015).

No que diz respeito aos efeitos produzidos, a AGU se posicionou na sua Orientação Normativa 49/2014 :

A aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar no âmbito da União (art. 7º da lei nº 10.520, de 2002) e de declaração de inidoneidade (art. 87, inc. iv, da lei nº 8.666, de 1993) possuem efeito ex nunc, competindo à administração, diante de contratos existentes, avaliar a imediata rescisão no caso concreto (AGU 2014).

Desta forma, após decisão da Administração Pública em aplicar as sanções de impedimento de licitar e declaração de inidoneidade, os contratos existentes com os demais órgãos não são rescindidos de imediato, caberá a estes analisarem o caso concreto para saber se darão continuidade ou não. Acreditamos que esta medida é válida diante da peculiaridade e necessidade presente em cada órgão, por isso só ele mesmo pode avaliar se é cabível ou não a rescisão imediata, visando o que é mais viável para o interesse público.

#### **2.4.1 Questões controversas das sanções administrativas previstas nas leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002**

Comparando as duas leis, Fábio Mauro de Medeiros (2012, p.6), traz uma excelente visão sobre as semelhanças que geram conflitos no ato da aplicação da pena:

Alguns comportamentos do particular igualam o “impedimento de contratar e licitar” (art. 7º da Lei de Pregão) com a “suspensão temporária do direito de licitar e contratar” (art. 87, III da Lei 8.666/93), quando o comportamento do particular for grave nos resultados, mas mera inadimplência em termos contratuais. Nas descrições de comportamentos mais graves, o “impedimento de contratar e licitar” se identifica parcialmente com a “declaração de inidoneidade” em comportamentos com conteúdo doloso, que seja crime ou atente contra a competitividade e razão de ser do Estado, que é servir ao público.

No caso específico da penalidade de suspensão temporária do direito de participar de licitações e de ser contratado pelo prazo de até 2 (dois) anos, apresentada pelo art. 87, III da Lei 8.666/1993, é possível verificar que o impedimento de contratar e licitar pelo prazo de até 5 (cinco) anos, trazido pelo art 7ª da Lei de Pregão, apresentam semelhanças. Alguns autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Paulo Sérgio de Monteiro Reis e o próprio Tribunal de Contas da União, defendem um posicionamento de diferenciação quanto ao âmbito da sua aplicação, pois o texto da Lei 8.666/1993 usa a expressão “Administração” ao se referir à suspensão temporária, limitando a sanção ao órgão ou entidade que a aplicou. Enquanto a Lei 10.520/2002 direciona a penalidade de impedimento de licitar ao ente federativo (União, Estado “ou” Município).

Nesse sentido, estes autores também diferenciam a pena de inidoneidade de licitar da pena de suspensão temporária considerando três pontos: primeiro quanto ao âmbito da sua aplicação que esta produziria efeitos no âmbito do órgão ou entidade administrativa que a aplicasse, e aquela abarcaria todos os órgãos da Administração Pública; segundo pelo prazo, já que a pena de suspensão não pode ultrapassar dois anos, e de declaração de inidoneidade iniciaria com previsão de um limite mínimo de dois anos; terceiro pela autoridade administrativa competente na aplicação destas sanções, já que a suspensão é aplicada pela autoridade competente do próprio órgão contratante, enquanto a aplicação da declaração de inidoneidade compete à autoridade máxima do órgão.

Seguindo uma linha de posicionamento divergente, apenas sobre a penalidade de suspensão temporária, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), Marçal Justen Filho e José dos Santos Carvalho Filho salvaguardam a ideia que esta penalidade deve produzir efeitos a toda Administração Pública, pois o fato de permitir contratações com outros órgãos, durante o período de suspensão, inviabilizaria a sua eficácia necessária. Sabiamente, o STJ afirma que a Administração Pública é una, portanto seus efeitos acarretam ao licitante a não-participação de contratações futuras (Resp n. 151.567/RJ STJ).

Há tempos o Tribunal de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça, apresentam entendimentos divergentes quanto ao âmbito da aplicação da penalidade de suspensão temporária. Em 2012, Fábio Mauro de Medeiros expõe no seu artigo uma série de entendimentos do TCU, tidos como recentes, considerando a época de produção do artigo, no qual este tribunal parecia estar mudando seu entendimento e aderindo o posicionamento do STJ. Entretanto, em 2015, dando continuidade ao impasse, o Plenário do TCU, acórdão nº 2962/2015, emitiu a seguinte jurisprudência: “A penalidade de suspensão temporária de

participação em licitação e impedimento de contratar prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 incide somente em relação ao órgão ou à entidade contratante” (TCU, 2015).

Estas divergências jurisprudências apenas denotam a insuficiência de disciplina legal sobre o tema, acarretando ainda mais insegurança a autoridade administrativa na aplicação da sanção.

Nesta pesquisa, Marçal Justen Filho foi o único que ofertou uma solução aceitável para que a aplicação da pena de suspensão temporária não entrasse em conflito com a sanção de declaração de inidoneidade, e acreditamos que poderia também ser empregado na diferenciação com a sanção de impedimento de licitar. A solução seria não configurar a suspensão temporária como uma sanção, esta deveria ser considerada como “uma medida a constranger o sujeito a executar a prestação a que se obrigara”. Caso o contratado cumprisse com a prestação seria retirada a sanção. Mas caso este não a cumprisse seria penalizado com esta sanção que acarretaria uma grave restrição dos seus direitos. Seria uma obrigação de fazer ou uma punição mais branda que a declaração de inidoneidade (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1021).

Outro aspecto controverso é quanto a interpretação do art. 7º da Lei 10.520/2002, se esta sanção pode ser integrada as demais sanções previstas na Lei 8.666/1993, ou, por ser uma lei mais recente, derrogaria a anterior.

É sabido que o art. 87 da Lei 8.666/1993 não trouxe um rol de hipóteses, ainda que meramente exemplificativa, deixando ao administrador toda a interpretação e dosimetria da pena. Faltou um esboço dos tipos penais para o contrato. Diferentemente, o art. 7º da Lei de Pregão descreve as condutas nas quais incidirão punições, uma legítima tipificação penal. Este inicia o seu texto com faltas leves e evolui até as faltas consideradas mais graves. Embora a sanção seja única (impedimento de licitar e contratar), fica subentendido que a dosagem do prazo da penalidade deve obedecer à gravidade da conduta do contratado. Destarte, não se pode falar em contradição, pois os dispositivos se complementam por meio da utilização do método interpretativo sistemático (a lei traz ajustes quanto à gravidade do comportamento do particular, pois os conceitos praticados no art. 7º da Lei de Pregão estão previstos implicitamente no art. 87 do estatuto) e interpretativo teleológico (ambos os dispositivos prevêem a punição ao particular inadimplente, entretanto, com base no princípio da igualdade, as situações iguais de danos causados pela inadimplência devem sofrer a mesma punição, independentemente da modalidade licitatória) (MEDEIROS, 2012, p. 5-6).

A aplicação de penas diferentes em razão exclusiva da modalidade licitatória, resultaria na ilegalidade de poder aplicar duas penas para o mesmo crime (REIS, 2005, p. 5)

Nessa sistemática, o critério utilizado para a aplicação de sanções administrativas deve ser o dano causado a Administração Pública e não a modalidade licitatória, pois não teria sentido aplicar penas mais severas ou amenas em razão, exclusivamente, da modalidade licitatória utilizada. Esta interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos permite compreender que não se aplicaria o art. 7º de maneira isolada e exclusiva ou como nova sanção independentemente aplicada, pelo contrário, este artigo fixaria limites às penalidades anteriormente existentes ou enunciaria elementos para alguma tipificação das penalidades do art. 87 (MEDEIROS, 2012, p. 5- 9).

O doutrinador Paulo Sérgio de Monteiro Reis (2005, p. 2) afirma que:

Tratando-se de diplomas legislativos de mesmo nível e sendo ambas da categoria de leis especiais sobre licitações e contratos, suas disposições são complementares e devem ser observados no conjunto. No entanto, quando for registrada qualquer contradição entre elas, a supremacia será sempre da norma mais recente relativamente àquela mais antiga, ficando esta derogada do ordenamento jurídico, quer essa revogação se faça de forma explícita, quer implicitamente.

Contrariando o exposto por Paulo Sérgio de Monteiro Reis, Fábio Mauro de Medeiros (2012, p. 5), diz que não há contradição, mas sim uma integração destes dispositivos, portanto se faz inadequado o uso do critério cronológico em que a norma mais recente prevalece sobre a anterior.

A mesma percepção de integração destes dispositivos tem o Plenário do TCU, no seu acórdão nº 2530/2015, como podemos ver na jurisprudência abaixo:

Quanto à abrangência da sanção, o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) é pena mais rígida do que a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993), e mais branda do que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993) (TCU, 2015).

Considerando a integração dos dispositivos das leis especiais sobre licitações e contratos, a ordem de gravidade de acordo com o grau de reprovabilidade para aplicação de penalidades a ser seguida pelo gestor é advertência, suspensão temporária do direito de licitar e contratar, impedimento de contratar e licitar (Lei 10.520/2002) e inidoneidade de licitar. “Entretanto, não há previsão legal que imponha à Administração, necessariamente, aplicar a sanção mais leve para posteriormente, diante de um novo descumprimento, aplicar uma sanção mais grave” (MPOG, 2005, p. 25).

Nessa lógica, a Instrução Normativa nº 02/2010 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que

estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG), determina que:

Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

- I – advertência por escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;
- II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;
- III – suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;
- IV – declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e
- V – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.

Assim, esta Instrução Normativa também segue a linha da integração das penas, bem como institui que não só o impedimento de licitar será registrado no SICAF, como está expressamente previsto na lei, mas todas as sanções administrativas deverão ser registradas.



### **3 DOSIMETRIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO**

O processo administrativo sancionador objetiva apurar a infração e a possível aplicação de penalidade ao contratado inadimplente. Assim, neste capítulo abordaremos os aspectos gerais desse processo administrativo punitivo, logo após estudaremos os princípios que devem norteá-lo e finalizamos com os critérios dosimétricos que devem ser observados para ter como resultado uma sanção adequada e individualizada a cada empresa.

#### **3.1 PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 412), o processo administrativo “é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”. Assim, os atos precisam ser sequenciados e conectados entre si, cada um preservando sua identidade e função específica (autonomia relativa), considerando que, num ato final, esta ordem irá permitir o agente a decidir sobre determinado assunto.

É obrigatória a abertura de processo administrativo para averiguar a eventual aplicação de sanções, diante de indícios de uma suposta infração administrativa, mencionada nas leis 8.666/1993 e 10.520/2002, deflagrada pelo pregoeiro, fiscal ou gestor do Contrato, pelo recebimento de uma denúncia ou outro meio (MPOG, 2015, p.12).

Para tanto, o processo administrativo resguarda a competência para a Administração aplicar técnicas processuais advindas do ordenamento jurídico e preservar o direito e liberdade dos administrados (BACELLAR, 1998, p.60).

Nesse sentido, o processo administrativo assume um papel importante para duas finalidades, a primeira é proteger o direito dos administrados e a segunda é garantir que os fins da Administração sejam cumpridos.

Corroborando com este pensamento de preservar o direito dos indivíduos, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 458) diz que no Estado de Direito, é fundamental não apenas expor a norma a ser seguida, mas o Estado oferecer meios de produzir seus efeitos, então a finalidade, que é o interesse público, só pode ser alcançada pelos modos (meios, condições e formas) previamente estabelecidos para tanto. Desta forma, os indivíduos têm como garantia que o Estado utilizará seu poder supremo seguindo o devido processo legal.

Apesar de existir no nosso ordenamento jurídico a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, esta prevê no seu art. 69

que só pode ser utilizada em processos administrativos específicos de forma subsidiária. Assim, os processos administrativos específicos devem ser regidos pela legislação própria, mas percebe-se que as leis de licitações estudadas não oferecem de forma sistematizada as regras peculiares ao processo administrativo sancionador.

Entretanto, a constitucionalização dos princípios permite que o “cientista do direito extraia os princípios que informam o regime jurídico das sanções administrativas, dentre os quais se destacam os princípios da legalidade, da culpabilidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório” (MELLO, 2001, p. 144).

Portanto, a instrução do processo administrativo, exceto se o órgão tiver um regramento próprio, deve seguir as seguintes legislações aplicáveis: Constituição Federal (princípios), Lei 9.784/1999 (processo administrativo federal) e Lei 8.666/1993 (art. 86 – cobrança de multa; art. 87 – garantida prévia defesa, cumulatividade da multa e competência da declaração de inidoneidade; art. 109 – recurso, pedido de reconsideração, intimação e procedimento para recurso; art. 110 – contagem de prazo) (ZANONI, 2016).

Considerando que embora o caderno de logísticas de sanção elaborado pelo MPOG (2015, p.6) mencione que não tem pretensões em “normatizar ou criar um procedimento administrativo sancionador a ser implementado pelos órgãos da Administração Pública, tampouco realizar uma análise exaustiva e pormenorizada sobre o tema”. O mesmo surgiu numa tentativa de uniformizar os procedimentos, mas diante das estruturas administrativas dos órgãos públicos serem tão diferentes, encontrou dificuldades para instituir um modelo único. Acreditamos que este cumpre bem o seu papel de oferecer as diretrizes e orientações para formulação de procedimento administrativo específico, por isso este deve ser considerado como um importante documento de apoio.

Diante do exposto, o processo administrativo deverá obedecer aos procedimentos estabelecidos nas normas gerais licitatórias (Lei 8.666/1993), e de forma subsidiária, no âmbito dos órgãos federais, a Lei 9.784/1999 (PESTANA, 2013, p. 880).

Para Rafael Munhoz de Mello (2001, p. 144), o descaso da legislação com este tema de sanção administrativa se evidencia na lei federal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/1999), que reservou um único dispositivo (art. 68) para tratar sobre este assunto. Destacamos que países como a Itália e a Espanha, já abordavam acerca desta temática nas suas legislações, respectivamente, desde 1981 e 1992, demonstrando o cuidado em disciplinar e limitar a atividade sancionadora praticada pela Administração Pública.

O Caderno de logísticas do MPOG (2015, p. 30) diz que a sanção administrativa presente no art. 68, Lei nº 9.784/1999, é de natureza pecuniária ou consistem em obrigação de fazer ou de não fazer, assim não se refere a sanções no âmbito de licitações, o que reforça o descaso.

Quanto a abrangência da Lei nº 9.784/99, foi determinado no seu art. 1º sua atuação no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, mas com a previsão legal dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União aplicarem quando estiverem desempenhando a função administrativa que lhes competem.

Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira (2009, pág. 17) menciona a possibilidade de outras esferas de governo público utilizarem também esta lei de processo administrativo, citando que “na ausência de elaboração normativa própria, Estados, Municípios e Distrito Federal sirvam-se de seus critérios gerais para colmatação de lacunas na solução de conflitos internos”.

O art. 2º da Lei nº 9.784/99, por sua vez, estabelece os seguintes princípios aos quais à Administração Pública deve se submeter: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Esta previsão expressa, não se torna uma barreira para o uso dos princípios constitucionais, anteriormente mencionados.

O processo administrativo é formado por cinco fases. A primeira é a fase de iniciativa que provoca o surgimento do processo. A segunda é a fase instrutória correspondendo a coleta de documentos e informações que servirão de meios para a tomada de decisão. A terceira é a fase dispositiva na qual a Administração de fato decide. A quarta é a fase controladora que serve para que outras autoridades analisem se as fases foram devidamente cumpridas e se a decisão tomada deve ser confirmado ou invalidado. E por último a quinta que é a fase de comunicação onde a Administração irá transmitir a conclusão do processo (MELLO, 2006, p. 468).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 468- 469), ao direcionar este processo administrativo no âmbito da legislação federal, afirma que este obedece a uma sequência processual. O processo se inicia de ofício ou a pedido do interessado e deve constar dados como o órgão ou a autoridade a quem se dirige; e formulação do pedido, com exposição dos fatos e seus fundamentos. A instrução do processo é destinada a averiguar e comprovar os dados necessários para a autoridade tomar sua decisão, após o seu encerramento o interessado poderá se manifestar. A decisão ocorre após a conclusão da instrução, devendo ser considerado os elementos comprobatórios na motivação do relatório e da decisão. A

comunicação da decisão acontece por intimação do interessado ou por publicação em meio oficial, quando o interessado é indeterminado ou com domicílio indefinido.

Deve sempre ser assegurado o direito de defesa ao infrator. Então, após a formalização do processo, o particular poderá ter acesso ao processo para se defender. Este direito de ampla defesa é uma garantia constitucional “para aquele que atua num processo administrativo tudo possa fazer para que o seu direito prevaleça à frente de outro que lhe é oposto, para o fim de obter uma decisão que lhe seja favorável”. Este direito engloba não só a produção de provas, mas também a apresentação de argumentos que podem ser utilizados para a sua defesa (PESTANA, 2013, p. 881).

Enquanto o direito ao contraditório representa o direito do administrado de debater com a Administração Pública, pois de um lado está a Administração querendo aplicar a sanção e do outro o administrado que deseja se defender para não sofrer a sanção. Assim o administrado pode se valer de recursos e de outros meios que sejam necessários, como a possibilidade do exercício do direito de petição, do direito da não surpresa, da certeza do direito, entre outros (PESTANA, 2013, p. 881 – 882).

Importante salientar que da decisão cabe recurso, no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato. Este deve ser dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que aplicou a pena, e obedecendo ao prazo de cinco dias úteis, deve manifestar se reconsidera a sua decisão ou, no mesmo prazo, remeter o recurso à autoridade competente (PIETRO, 2017, p. 317). A critério da autoridade administrativa, este recurso poderá ter efeito suspensivo (art. 109, § 2o).

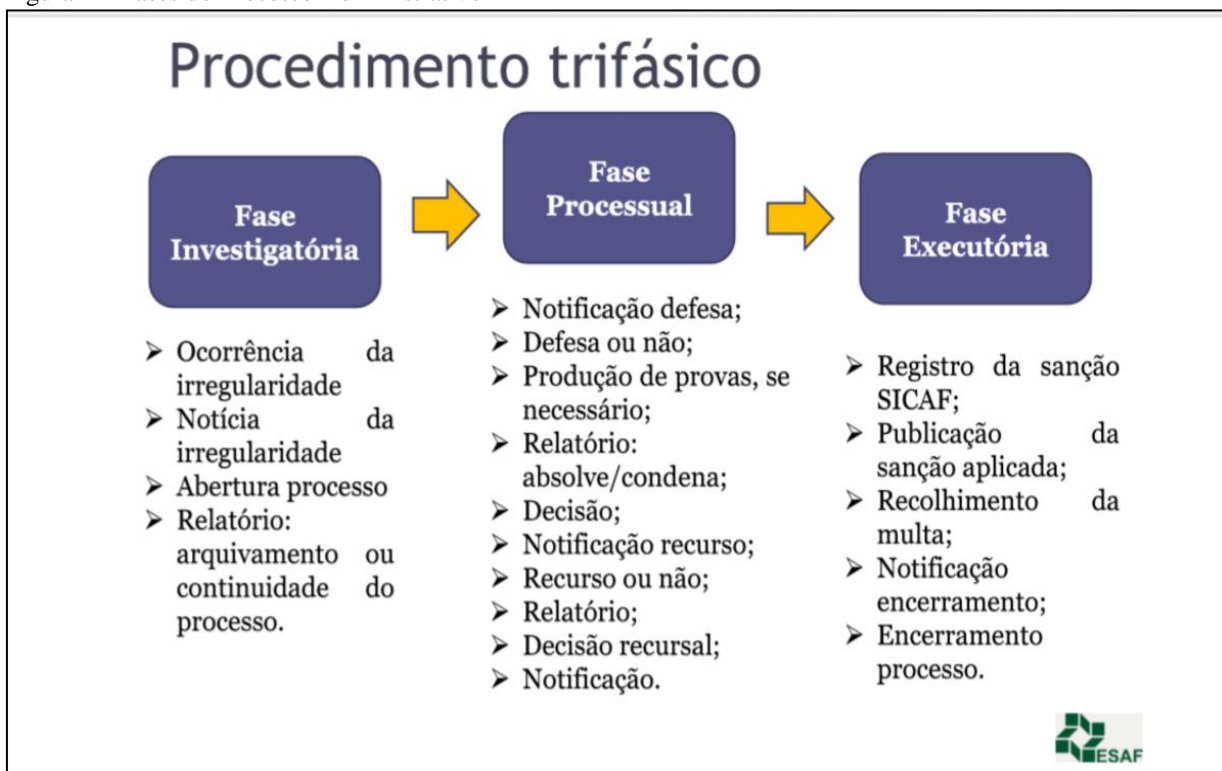
No pedido de reconsideração à autoridade que aplicou a pena de inidoneidade, o prazo é dilatado para dez dias úteis da intimação do ato (PIETRO, 2017, p. 316)

Entretanto, existe a previsão legal permitindo, mesmo após o recurso, a revisão, a qualquer tempo, de processos administrativos que resultaram em sanções. Esta revisão pode ser a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar que a sanção aplicada é inadequada. Porém, não é admitido agravamento da sanção nesta revisão do processo (Art. 65, Lei 9.784/1999).

Nos ensinamentos de Zanoni (2016), seguindo as regras do direito processual para a aplicação de penalidades, o processo administrativo é formado por um procedimento trifásico: 1) fase investigatória: o suposto descumprimento da obrigação dá início a abertura do processo e após o relatório a autoridade competente decide se dá seguimento ou não ao processo; 2) fase processual: engloba a instrução do processo (defesa, produção de provas, relatório), a decisão, o recurso e a comunicação ao interessado; 3) fase executória:

Administração realizará os atos para dar cumprimento à decisão administrativa que, tornada definitiva administrativamente, puniu o interessado. Segue abaixo um esquema disponibilizado pelo professor para um melhor entendimento:

Figura 1 – Fases do Processo Administrativo



Fonte: Lisías Zanoni (2016).

A respeito da autoridade administrativa competente para aplicar a sanção, o estatuto das licitações se refere de forma expressa apenas para a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, de competência do Ministro de Estado, o Secretário Estadual ou Municipal. Diante da omissão nas demais sanções, alguns autores sugerem que esta atribuição é do ordenador de despesas, visto que este é competente para licitar e contratar com a Administração e os demais assuntos correlatos (MPOG, 2015, p. 18).

A AGU segue este mesmo entendimento, segundo sua Orientação Normativa nº 48 de 25 de abril de 2014, transcrita abaixo:

É competente para a aplicação das penalidades previstas nas Leis nº 10.520, de 2002, e nº 8.666, de 1993, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento (AGU, 2014).

Destacamos que segundo o caderno de logísticas do MPOG (2015, p. 7) em regra, o judiciário tem anulado ou solicitado a revisão de todo o processo administrativo por erros cometidos pelos órgãos e entidades na aplicação da lei e das cláusulas contratuais do edital, bem como por estes não preverem em regulamentos as regras procedimentais que irão se embasar, permitindo, assim, a devida transparência processual. Já como exceções, aparecem a ausência de justa causa ou dúvidas sobre o enquadramento das condutas dos licitantes ou contratados. Ambos os erros poderiam ser sanados se existisse na lei uma regulamentação padronizada, indicando as regras que estabeleçam o rito procedimental sancionador.

### 3.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES NOS PROCEDIMENTOS DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES

Como já mencionado anteriormente, uma série de princípios devem reger o processo para aplicação de sanções, merecendo destaque os constitucionais e os expostos na lei 9.784/1999.

Entretanto, os ensinamentos de Marçal Justen Filho (2012, p. 1008) e Renato Fenilini (2018, p. 196) apontam que devem ser observados os princípios peculiares do Direito Penal, destacando o da legalidade, tipicidade, culpabilidade e proporcionalidade, visto que as sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal.

A importância de aplicar estes princípios no processo administrativo sancionador reside na possibilidade de eventuais atenuações necessárias diante das particularidades do ilícito na competência da atividade administrativa, como também por causa da impossibilidade de diferenciar com exatidão as sanções administrativas das sanções penais (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1008).

#### 3.2.1 Princípio da legalidade

É imprescindível existir a legalidade tanto no Direito Penal quanto no Direito Administrativo sancionador. Em respeito ao Estado de Direito, o princípio da legalidade garante que todas as infrações e sanções devem ser impostas por lei. Assim, o princípio da legalidade permite a certeza e previsibilidade da ilicitude, possibilitando aos particulares o conhecimento de que ao praticá-la estará sujeito a determinada sanção, propiciando a segurança jurídica (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1008 - 1009).

Como citado anteriormente, no capítulo anterior, a nossa Carta Magna nos trouxe a garantia de só ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se a lei assim ordenar, portanto as condutas precisam estar previamente observadas como ilícitas para que só assim sejam aplicadas as suas respectivas sanções.

Rafael Munhoz de Mello (2000, p. 164), por seu turno, deixa claro que a lei precisa ter um mínimo de densidade normativa, que dê segurança aos indivíduos saberem qual conduta é ilícita e a respectiva sanção. Não cabe a Administração Pública criar as condutas ilícitas e as sanções administrativas, já que esta está subordinada a função legislativa, cabe a Administração a função de complementar.

Diante do exposto, o regulamento surge para garantir a fiel execução da lei, complementando-a. A Administração não pode utilizar sua atividade regulamentar para suprir a omissão da lei (MELLO, 2000, p. 166 – 167).

Enfim, “a supressão da legalidade das infrações elimina garantias do particular em face do Estado e atenta contra princípios fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1009).

### **3.2.2 Princípio da Tipicidade**

Segundo Rafael Munhoz de Mello (2000, p. 166), o princípio da tipicidade preza que exista a correlação da conduta ilícita com a sua respectiva sanção previstas em lei. Não basta só a previsão legal, as condutas ilícitas precisam estar descritas de forma clara na lei, e a cada uma delas seja atribuída a sua sanção. Assim este autor (2000, p. 167) explica:

É que a lei poderia criar figuras ilícitas imprecisas, elásticas, que não permitissem a compreensão prévia de qual a conduta que o legislador quis proibir. Em tais hipóteses, a Administração Pública teria ampla margem para decidir se um determinado comportamento estaria ou não enquadrado na descrição contida na lei, permitindo a aplicação da sanção.

Existe uma divergência doutrinária sobre a aplicação do princípio da tipicidade penal. Alguns autores acreditam a tipicidade penal deve ser legal, mas que no âmbito das sanções administrativas, a legalidade adquire uma flexibilidade, dando liberdade para o Estado criar as figuras ilícitas e as respectivas sanções por meio de um regulamento. Outros que não deve existir diferenciação e ambas devem ser previstas a lei.

A figura da sujeição especial ocorre nos casos em que é imposta uma modalidade de relação jurídica específica entre o particular e o Estado, integrando este particular ao “aparato administrativo”, de forma duradoura e com o objetivo de atender ao interesse público. Quando

existe essa relação jurídica contínua, os deveres e direitos frutos do contrato estão sempre aparecendo, por isso é difícil a descrição legal tão detalhada, e, consequentemente, a impossibilidade de aplicar este princípio. Assim quando a lei não exauriu a previsão do tipo e pressupostos da sanção, mas instituiu de forma genérica na lei a conduta ilícita e a sanção, esta é suficiente (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1009).

Importante se faz a distinção da relação de sujeição especial da relação de sujeição geral, já que ambas são relações entre particulares e o Estado. Enquanto esta provém do poder de império do Estado atingindo todos os indivíduos indiscriminadamente. Aquela é especial por ser mais restrita, atinge apenas os indivíduos que tem um vínculo jurídico com o Estado (como exemplo citamos o contrato de licitação) (MELLO, 2000, p. 170).

Na opinião de Marçal Justen Filho (2012, p. 1010), é descabido este argumento da sujeição especial para justificar a falta da previsão legal, principalmente quando a lei não traz qualquer tentativa de especificar as infrações. Houve de fato uma falha na elaboração do texto da lei 8.666 que elenca as sanções, mas não definiu as hipóteses de incidência da sua aplicação. Ou seja, não discriminou o cabimento de cada espécie de sanção (advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade) em conceitos vagos como “inadimplemento” ou “violação a deveres contratuais”. Para este autor, da maneira que esta lei foi escrita, permite que a mesma conduta sofra penas divergentes baseando-se na faculdade de escolha da autoridade administrativa, assim violando o sistema constitucional.

Em sentido contrário, Rafael Munhoz de Mello (2000, p. 168 - 174), diz que diante da impossibilidade do legislador prever minuciosamente todas as condutas que ocorrem nos casos concretos, por este motivo é admitido a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, bem como as normas em branco, pois estas se completam com outros dispositivos previstos em lei. Segundo este autor, se houvesse previsão legal para todas as situações fáticas e as sanções que dela decorrem, a Administração ficaria paralisada e prejudicaria o próprio interesse público.

Entretanto, Marçal Justen Filho (2012, p. 1018) frisa que seria válido admitir a norma em branco, informada por conceitos jurídicos indeterminados, na sanção de advertência. Assim, este doutrinador explica:

Mas o relevante é que a sanção de advertência não importa a privação imediata e direta de algum direito individual ou de faculdades asseguradas ao particular. A própria natureza preventiva e acautelatória da sanção de advertência propicia a oportunidade de o particular tomar ciência do risco de perecimento de seus interesses e da imposição de sanções mais graves. A indeterminação do âmbito da ilicitude é proporcional à ausência de restrição ao direito individual constante da sanção.



Nesse sentido, na proporção que a pena se agrava, menos cabível é a omissão legislativa sobre a ilicitude e o seu sancionamento. É direito do contratado saber previamente qual conduta levará a determinada punição, não sendo justo só saber qual será a sanção que foi enquadrado no momento propício para este apresentar sua defesa referente ao processo administrativo. É fundamental vir em lei a proporcionalidade da sanção com a definição e delimitação das condutas que caracterizam a relevância do bem jurídico lesado (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1018).

As cláusulas gerais devem ser amplas para permitir uma liberdade adequada à atuação da Administração, mas o suficiente para restringir a arbitrariedade, embora acabe reduzindo a segurança jurídica. A existência das relações de sujeição especial entre o Estado e os particulares, permite o órgão administrativo definir nos casos concretos as figuras ilícitas e as respectivas sanções, baseando-se na cláusula geral que foi imposta por lei (MELLO, 2000, p. 174 – 176). Este autor complementa seu raciocínio (p. 178) destacando:

Vale dizer, no campo das relações de especial sujeição admite-se que a lei crie ilícitos sem a precisão que se exige na seara das relações de sujeição geral, cabendo ao regulamento a definição detalhada da figura ilícita. Ou seja, a lei prevê a infração, de modo aberto e impreciso, enquanto o regulamento cumpre o requisito da tipicidade, estabelecendo o tipo propriamente dito dentro dos limites da cláusula geral contida na lei formal.

A sanção, todavia, não pode sofrer o mesmo tratamento. Deve a lei formal prever as sanções, cabendo ao regulamento apenas estipular quais as infrações administrativas que serão apenadas com essa ou aquela sanção, se a lei já não o fez. É dizer, não é lícito que a lei atribua ao regulamento a tarefa de estipular a sanção.

Para Rafael Munhoz de Mello (2000, p. 179), exclusivamente nas relações de sujeição especial, o regulamento é o instrumento pelo qual a Administração deve definir as figuras ilícitas e depois correlacioná-las as respectivas sanções que não foram minuciosamente previstas pela lei formal.

Mais uma vez discordando deste autor, Marçal Justen Filho (2012, p. 1018) diz que inaceitável que se adote uma cláusula geral capaz de permitir que uma mesma conduta sofra penas divergentes baseando-se na faculdade de escolha da autoridade administrativa, assim violando o sistema constitucional. É necessário a lei determinar limites para que o agente identifique de forma precisa qual a conduta apta a ser aplicada.

Acreditamos ser enriquecedor a colocação de Guilherme de Souza Nucci (2018, p. 29) sobre a importância da tipicidade no âmbito do Direito Penal. Este afirma que a construção de tipos penais incriminadores que causam ambiguidade e que tenham muitos termos valorativos

pode ser oportuno ao abuso de poder da Administração Pública atuando na liberdade dos indivíduos. Os tipos taxativos precisam ser limitativos, restritivos, precisos, pois assim não afrontariam o princípio da legalidade ou da reserva legal.

Guilherme de Souza Nucci (2018, p. 29) cita os ensinamentos de Luiz Luisi para justificar seu posicionamento:

(...) o postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme (LUISI, 1991, p. 18).

É justamente esta linguagem rigorosa e uniforme, determinando normas “claras e o mais possível certas e precisas” que falta na lei geral de licitação. Na omissão, deixou a cargo do agente interpretar e permitindo que cada órgão e entidade escolha da forma que achar conveniente e oportuna a gravidade da ilicitude praticada. Acolhemos o entendimento que falta tipicidade na lei e esta não deve ser sanada por um regulamento interno e limitado a cada órgão administrativo.

### **3.2.3 Princípio da culpabilidade**

Em virtude do descumprimento aos deveres legais ou contratuais, qualquer sanção administrativa só deve ser imposta se estiver presente o elemento subjetivo da culpabilidade (FENILINI, 2018, p 196).

Destacamos que para a culpa ocorrer é necessária a presença da vontade (dolo) ou da previsibilidade (culpa em sentido estrito). Assim, o crime pode ser doloso quando o agente quer o fato e culposos quando o indivíduo apesar de ter dado causa, não queria aquele resultado que era previsível. Desta forma, as formas da culpabilidade são o dolo e a culpa (FABRINI; MIRABETE, 2011, p. 181).

A mera ocorrência de um evento material que não era desejado, mas que resultou numa lesão ao bem jurídico, não é passível de punição. Não se configura um ilícito penal porque este deu ocorrência a um evento material danoso, é necessário existir uma conduta subjetiva reprovável do sujeito. Ninguém pode ser responsabilizado sem ter culpa, deve-se punir alguém que agiu de forma reprovável. As sanções administrativas atuam sobre o

inadimplemento culposo, caso o contratado apresente um motivo justificado para o atraso, não faz sentido penalizar o particular. Eis a importância do processo administrativo para apurar se houve ou não culpa pelo inadimplemento. O nosso ordenamento jurídico não permite a punição sem a comprovação da culpabilidade (Justen Filho, p.1007 e p. 1012). ). Este doutrinador (p. 178) complementa que “a comprovação do elemento subjetivo é indispensável para a imposição de penalidade, ainda quando se possa pretender uma objetivação da culpabilidade em determinados casos”.

Assim, a lei 8.666 ao determinar que a Administração Pública poderá aplicar as sanções administrativas devido o contratado não ter executado total ou parcial o contrato, esta inexecução precisa ser culposa. Não necessariamente precisa existir o dolo. Como se pode observar no trecho do voto da Sr<sup>a</sup> Ministra Relatora Ana Arraes, do Plenário do TCU, quando lavrou o Acórdão 754/2015:

A abordagem feita pela Sefticom relação a esse tópico não merece reparos. Não há dúvidas de que a aplicação da sanção de inidoneidade de que trata o art. 7º da Lei 10.520/2002 independe da comprovação de dolo ou má-fé por parte do licitante. Basta que se incorra, sem justificativa, numa das condutas ali consignadas para que seja aplicada a pena (TCU, 2015).

No Direito Penal, assim como a tipicidade e a ilicitude, a presença da culpabilidade é essencial para a existência do crime e para a aplicação de qualquer sanção penal. É por meio da análise da culpabilidade que sabemos se o agente poderia ter agido de maneira diversa daquele como realmente atuou. E justamente por meio dela podemos dosar a pena individualizada do agente, baseando-se na proporção de sua culpa determinada pelas provas (LIMA, 2012, p-108 – 109).

Nesse sentido, por meio da culpabilidade é possível afirmar que: “a aplicação da pena estará sempre condicionada à existência do dolo ou da culpa, à possibilidade de comportar-se de acordo com as exigências do ordenamento jurídico e à individualização, procedida, obrigatoriamente, pelo juiz no caso concreto”.

### **3.2.4 Princípio da proporcionalidade**

É sabido que a lei 8.666/1993 não dispõe sobre condutas ilícitas que podem ser enquadradas em cada penalidade, cabendo ao administrador público analisar o processo e aplicar a sanção administrativa de maneira compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração diante dos fatos colhidos na instrução do processo administrativo punitivo. De

maneira a afrontar a constituição, as normas que impõem sanções excessivamente graves em relação aos fatos que o motivaram (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1010).

O art. 2º da lei 9.784/1999, parágrafo único, inc. VI, prevê que a Administração Pública deve obedecer dentre outros princípios o da proporcionalidade. E nos processos administrativos deve ser observado o critério da “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Assim, a lei 8.666 previu quatro sanções, cada uma com grau diferente de gravidade, de maneira que deve-se aplicar as sanções mais graves as infrações mais reprováveis (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1011).

Desta forma, uma infração de fraude fiscal dolosa, não pode ser punida com advertência. Pois conforme os ensinamentos de Márcio Pestana (2013, p. 883), como a pena de advertência é a mais leve das sanções, deve ser reservada para exigir o cumprimento de uma obrigação prevista no contrato acordado com a Administração Pública que apresenta pendências.

Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado (2009, p. 460, apud ABREU, 2015, p. 16) ao discorrer sobre as sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666/93 faz uma correlação das infrações com as sanções, da maneira que considera proporcional as suas aplicações, como segue abaixo:

Deve ser observada, ademais, regra de proporcionalidade na aplicação das sanções. Assim, para pequenas infrações que não tenham causado qualquer dano, a Administração deve aplicar a pena de advertência. Para a eventualidade de reincidência no cometimento de pequenas infrações, e para as hipóteses de infrações mais rigorosas, mas que não justifiquem a rescisão do contrato, a pena indicada é a multa. Sempre que houver violação de cláusula do contrato que justifique sua rescisão, deve ser aplicada a pena de suspensão temporária. Em hipótese de fraude praticada pelo contratado, de que seria exemplo a juntada ao processo de declarações falsas com o propósito de receber pagamento por serviços não executados, deve ser aplicada a pena mais rigorosa, a declaração de inidoneidade.

Marçal Justen Filho (2012, p.1011) apresenta um precedente do STJ sobre o princípio da proporcionalidade, no qual julgou o Mandado de Segurança nº 7.311/DF. Segue o seu acórdão:

Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação da Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a Aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.  
Não é lícito ao Poder Público diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do art. 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao

princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade. Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.

Neste raciocínio, a discricionariedade na escolha da sanção a ser aplicada tem que seguir critérios, usando como referência o grau de reprovabilidade da conduta ilícita praticada pelo contratado. Cabe a autoridade analisar o processo administrativo sancionador e aplicar a sanção administrativa de maneira compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração, agindo, assim, de maneira razoável e proporcional.

Deve-se atentar, especialmente, aos espaços da discricionariedade existentes na decisão da aplicação da penalidade, que deve ser norteada considerando a proporcionalidade e razoabilidade (ABREU, 2015, p. 18).

### 3.3 CRITÉRIOS DOSIMÉTRICOS PARA A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Conforme exposto no tópico anterior, a escolha da sanção a ser aplicada tem que seguir critérios, usando como referência o grau de reprovabilidade da conduta ilícita praticada pelo contratado. No entanto, apesar do STJ mencionar que tem que seguir critérios, o nosso ordenamento jurídico não aponta quais os critérios dosimétricos devem ser utilizados para fixar o grau de reprovabilidade da conduta.

Então, qual a dosimetria da sanção devo aplicar? Este é um questionamento recorrente dos administradores públicos. Diante da omissão legislativa, e uma simplória minoria de órgãos estabelecerem os critérios dosimétricos que devem ser utilizados na dosagem da sanção no caso concreto, por meio de regulamentos (instrução normativa) ou por meio do próprio edital, abordando detalhadamente tais previsões que pudessem ofertar um melhor direcionamento da pena a ser aplicada, e que deveria ser previamente conhecida pelo fornecedor.

Dentre os órgãos federais que apresentaram critérios dosimétricos, veremos no próximo capítulo (tópico 4.3 Gradação das penas e a discricionariedade), exemplos como: a Instrução Normativa nº 01/2017 da Presidência da República, na qual foram estabelecidos critérios atenuantes e agravantes que dosariam as penas; e o edital do Pregão nº 16/2018 do TCU, que trará uma tabela fixando a pena por grau e incidência das condutas consideradas inapropriadas.

Segundo o caderno de logísticas do MPOG (2015, p. 26) os critérios que podem ser utilizados para a dosimetria das penas no Direito Administrativo punitivo, tomando por base os limites encontrados nas leis e nos princípios pertinentes, são:

a gravidade da conduta em relação ao objeto lícito, a rapidez ou demora do contratado para reparar a obrigação; a reiteração da conduta faltosa; os argumentos da defesa e as provas que a instruem; se a infração atinge o objeto principal contratado ou alguma obrigação acessória menos importante, dentre outros.

Entretanto, fica óbvio que precisamos de critérios mais bem definidos e que devem ser considerados por toda a Administração Pública. Assim, na falta da previsão legal do elenco dos critérios gerais a serem seguidos por parte do Direito Administrativo Sancionador e diante das semelhanças que este tem com o Direito Penal, é válida a analogia com os critérios que este utiliza com as adaptações necessárias às especificidades da situação enfrentada (SOUZA, 2014, p. 53).

Para Guilherme Yadoya de Souza (2014, p.54) tal como no Direito Penal, o Direito Administrativo Sancionador deverá considerar nula ou parcialmente nula a decisão que se limitar a utilizar fórmulas vagas e imprecisas, pois a legalidade do peso dado a cada critério deve ser realizado de maneira objetiva e em conformidade com os elementos do processo.

No Direito Penal, Laureano Canabarro Dios (2006, p. 6) considera que o processo da individualização da pena é descrito em três momentos complementares: o legislativo (são fixados uma ou mais penas proporcionais a cada infração cometida, bem como é estabelecido um limite mínimo e o máximo cominados para cada infração penal e são fixadas as condições mediante as quais serão determinadas no caso concreto), o judicial (submetendo-se aos parâmetros estabelecidos pelo legislativo, determina a pena aplicável, de forma qualitativa e quantitativa, e no caso da pena privativa de liberdade, o regime inicial de cumprimento da pena) e o executório (é a adequação das condições de cumprimento da pena à resposta do condenado). Este último momento está fora do âmbito de atuação da Administração Pública, visto que é mais compatível com as penas restritivas de liberdade.

O Código Penal, no seu artigo 59, elenca critérios para uma escolha justa da sanção aplicável. Assim prevê:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

(...)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

A aplicação da pena é dividida, então, por fases: primeira fase são as Circunstâncias judiciais (culpabilidade, os antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, os motivos, às circunstâncias e consequências do crime, e o comportamento da vítima, que foram citadas no caput do art. 59, CP); segunda fase são as Circunstâncias genéricas agravantes e atenuantes; e a terceira fase são as causas de aumento e diminuição da pena (BONFIM, CAPEZ, 2004, p. 765 – 777).

A culpabilidade, como bem vimos, é essencial para a existência do crime e para a aplicação de qualquer sanção penal. Miguel Reale Júnior (2012, p. 406) corrobora com este pensamento, ao falar sobre o caput do artigo 59, que “a culpabilidade é critério básico e principal na fixação da pena, vem mencionada em primeiro lugar”. Esta será encarada de acordo com o exame da reprovabilidade do ato.

A culpabilidade é gênero e suas espécies são as indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos (REALE JÚNIOR, 2012, p. 406). No Direito Administrativo Sancionador, aos antecedentes não deve ser dado o mesmo peso, mas seria interessante observar como critério as condições pregressas da conduta dos fornecedores, em especial as condições de cunho objetivo, e como a maioria são pessoas jurídicas, seria mais fácil verificar. Um exemplo é a previsão do regulamento da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), que destaca o agravamento da sanção pelo quantitativo de reclamações dos usuários registrados no tocante ao mesmo fato que deu origem a infração (SOUZA, 2014, p.63).

Quanto aos motivos da infração, estes apresentam maior ou menor aceitação ética da motivação repercutindo na dosagem da pena. Deve-se observar se o motivo configura uma qualificadora, pois deixa de ser enquadrado como circunstância judicial, pois o agravante ou atenuante, resulta em aumento ou diminuição da pena, o que poderia gerar o *bis in idem* (BONFIM, CAPEZ, 2004, p. 769). Estes motivos podem ser interessantes para a individualização da sanção administrativa, podendo ser considerados para analisar a reprovabilidade individualizada do infrator para analisar se o favorecem ou desfavorecem. Exatamente, assim fez o STJ ao atenuar uma pena de improbidade administrativa, considerando a justificativa social na conduta (SOUZA, 2014, p. 65 - 66).

Já as circunstâncias e consequências do crime dizem respeito aos fatos não enquadrados na tipificação como agravante ou atenuante, considerando que só em momento posterior esta será analisada. E no comportamento da vítima, será apurado se esta estimulou ou não a prática do delito (REALE JÚNIOR, 2012, p. 408). Marçal Justen Filho (2012, p. 1014) explica que no processo primeiro são analisados o fato principal, depois, numa eventual

prova de circunstâncias acessórias (nos termos do art. 158c/c o art. 239 do CPP), serão considerados os indícios. Por este motivo, não se pode admitir sanções baseadas apenas em meros indícios de uma conduta ilícita imputada. Sobre as consequências, “a Administração Pública pode estipular níveis (escalas) de gravidade e de consequência das infrações, agrupando-as em conjuntos, a fim de possibilitar que o exame por parte do agente seja mais objetivo possível” (SOUZA, 2014, p. 67).

Já sobre o comportamento da Administração Pública, também é relevante sua observância no Direito Administrativo Punitivo, pois bem sabemos que esta é composta por servidores passíveis de cometer erros, então, algum servidor pode ter concorrido para a infração ao ter se equivocado na informação transmitida, por exemplo. Este comportamento exemplificado poderia atenuar a pena do infrator.

No que diz respeito a circunstâncias genéricas agravantes, estas são taxativas, por isso sempre agravam a pena, não podendo ser ignoradas pelo juiz. Dentre estas, está a figura da reincidência. É reincidente aquele que praticou um fato criminoso após ter sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgado. Com isso, a pena do infrator deve ser aumentada, como voltou a cometer erros de conduta, demonstrou que a sanção anteriormente imposta foi insuficiente. Por este motivo a reincidência é uma circunstância agravante. E as Circunstâncias genéricas atenuantes, no direito penal, também possuem aplicação obrigatória, sempre atenuando a pena (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 771- 785). Ressaltamos a necessidade do Direito Administrativo Punitivo, tomar como referência esta previsão de atenuantes e agravantes serem taxativas, e moldando-as as realidades administrativas, favorecerá assim a segurança jurídica.

A terceira fase são as Causas de aumento e diminuição genéricas e especiais, por se referirem a dispositivos contidos bem peculiares, respectivamente, na Parte Geral e da Parte Especial do Código Penal.

Outro ponto que deve ser ressaltado, pois influencia na aplicação da pena é sobre a atual implementação da política da pena mínima pelo Poder Judiciário. Guilherme Yadoya de Souza (2014, p.56) defende que a pena-base a ser considerada no direito administrativo sancionador é o mínimo legal, sempre que não constar no processo os motivos que determinaram o seu aumento, pois assim resguardaria as garantias individuais.

No entanto, esta política despreza os critérios impostos pela lei para escolher a pena mais justa, que deve variar entre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, promovendo a padronização das penas sem considerar as circunstâncias judiciais, agravantes



e atenuantes, bem como causas de aumento e diminuição. E deve-se considerar que os motivos devem obrigatoriamente constar nos autos (NUCCI, 2018, p.423).

Miguel Reale Júnior (2012, p. 410) concorda afirmando que deve ocorrer uma libertação dessa pena mínima, pois precisa ajustar o quantum da sanção baseando-se no que for necessário e suficiente para penalizar o réu.

Assim, o que deve ser feito é “mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória” (NUCCI, 2018, p. 425).

Frisamos que acreditamos que, assim como no Direito Penal, o princípio da insignificância deve ser considerado no Direito Administrativo Sancionador. Alberto Jorge C. de Barros Lima (2012, p. 87 – 88) afirma que este princípio permite a descriminalização de comportamentos inofensivos ao bem jurídico tutelado, muito embora sejam de maneira formal típicos. Então, inexistindo ofensa ao bem jurídico ou sendo esta ofensa insignificante, mesmo que haja a adequação entre a conduta e o tipo, afastará a tipicidade e não se pode falar mais em crime. Embora Guilherme Yadoya de Souza (2014, p. 68) mencione que alguns autores considerem que o princípio da insignificância não deveria afastar a sanção, e respeitando a proporcionalidade, poderia a autoridade administrativa aplicar a sanção ainda que de menor gravidade.

Na prática, consideramos insignificantes as infrações licitatórias que geraram danos econômicos inferiores aos custos gerados para a instauração do processo administrativo, visto que este exige gastos para a Administração como enviar os documentos pelos correios com aviso de recebimento e publicações no Diário Oficial da União. Um exemplo é a inadimplência de duas notas de empenhos de materiais de expediente que quando somados os seus valores totalizam R\$ 120,00 (cento e vinte reais). Devemos lembrar que a sanção de advertência também exige a instauração de Processo Administrativo para a sua aplicação. Por este motivo exposto, acreditamos que este princípio deve afastar a aplicação de sanção.

Diante do exposto, é essencial ressaltar que uma sanção administrativa que acarreta uma limitação das atividades de uma empresa, como a pena de declaração de inidoneidade, prejudica a sua liberdade de livre concorrência, bem como a saúde financeira, comprometendo a geração de emprego. Então, é de suma importância o processo administrativo seguir critérios dosimétricos para a aplicação de sanção adequada e individualizada a cada contratado, com responsabilidade e justiça. Evitando penas excessivas

e desproporcionais a conduta do infrator, nem tão leve para que o mesmo considere que o cometimento da infração compensou.

É fundamental, portanto, ter a previsibilidade na legislação dos critérios dosimétricos que devem ser considerados na aplicação da sanção administrativa nos processos licitatórios, assim como existe no Direito Penal. Deixá-los a cargo de cada órgão ou entidade, decorre na insegurança jurídica que vivenciamos na atualidade, de maneira que temos “um peso, duas medidas”. A autoridade administrativa precisa ter um direcionamento claro e preciso imposto por lei, para apurar a gravidade e a reprovabilidade da infração, agindo, assim, de maneira razoável e proporcional, como solicita o STJ.

Assim, no Direito Administrativo, a pena adequada a ser imposta deveria ser a apurada no quantum da pena, considerando todos os critérios dosimétricos analisados.

#### **4. A DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NA GRADAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA**

O estudo de posicionamentos doutrinários sobre a atuação discricionária da Administração Pública é interessante para auxiliar o administrador na verificação da existência de legalidade ou ilegalidade dos atos administrativos. A seguir, o estudo sobre a diferença entre atos discricionários e vinculados, ilegalidade e abuso de poder, e a análise da discricionariedade do administrador público na gradação da sanção administrativa.

##### **4.1 ATOS DISCRICIONÁRIOS E VINCULADOS**

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 102) define ato administrativo como “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.

A supremacia do interesse público sobre o privado reveste os atos administrativos de propriedades jurídicas especiais. Atualmente, a doutrina tem considerado cinco atributos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade, autoexecutoriedade e tipicidade (MAZZA, 2017, p. 305).

Os atos administrativos possuem elementos necessários para a sua validade/existência. É necessário que todos elementos sejam observados, pois a inobservância de somente um deles contaminará o ato de vício de legalidade, ficando, em regra, sujeito à anulação (MAZZA, 2017, p. 313).

Existe uma divergência doutrinária quanto a esses requisitos de validade do ato administrativo. Entretanto, acreditamos que a mais aceita é a corrente clássica defendida por Hely Lopes Meirelles, baseada no art. 2º da Lei n. 4.717/65, que expõe:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Diante do exposto, a corrente clássica considera como requisitos do ato administrativo:

a) competência (a lei define limites nos quais os agentes podem exercer legitimamente suas atribuições); b) objeto (é o objetivo imediato da vontade exteriorizada pelo ato); c) forma (exteriorização da vontade); d) motivo (situação de fato ou de direito que constitui a vontade do agente quando pratica o ato administrativo); e) finalidade (é o que se pretende com o ato administrativo: o interesse público) (CARVALHO, 2017, p 108-122).

Os atos administrativos podem ser classificados em vinculados e discricionários, de acordo com o critério do grau de liberdade. São atos vinculados aqueles praticados pela Administração sem margem de liberdade, visto que a lei já prevê todos os aspectos da conduta. A vontade do agente será a própria vontade do legislador. Estes não possuem mérito administrativo (oportunidade e conveniência), por isso não podem ser revogados, apenas anulados por vício de legalidade. Enquanto que os atos discricionários dispõem de margem de liberdade, devido a existência do mérito, cabendo ao agente público eleger qual a melhor maneira de atingir o interesse público, atendendo a análise dos elementos que constituem critérios administrativos. Dessa forma, podem ser anulados caso apresente vício de legalidade, como também revogados por razões de interesse público. Os atos discricionários estão suscetíveis ao controle de legalidade pelo Judiciário, não cabendo a este revisar o mérito do ato (MAZZA, 2017, p. 331 e 332).

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2007, p. 358) nos atos vinculados “uma vez atendidas as condições legais, o ato tem que ser realizado e, por outro lado, faltando qualquer elemento exigido na lei torna-se impossível sua prática”. O agente fica preso a cumprir à lei em todos os seus elementos (competência, forma, objeto, motivo e finalidade).

No ato discricionário, o agente administrativo poderá delimitar a extensão do objeto, limitando a fixação de termos, condições e modos (CARVALHO, 2007, p. 112).

Correlacionando com os requisitos de validade do ato administrativo, os elementos competência, forma e finalidade são sempre de natureza vinculada, tanto nos atos vinculados quanto nos discricionários. Enquanto, os elementos motivo e objeto, nos atos discricionários, dão margem a autoridade escolher dentro dos limites impostos por lei (ALEXANDRINO, PAULO, 2007, p. 358). Por este motivo, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello

(2006, p. 401-403) afirma que não existe um ato propriamente discricionário, a discricionariedade é determinada diante da realização de certos atos. Visto que, como a finalidade e a competência serão sempre vinculados, o ato não tem como ser totalmente discricionário. O que existe é o exercício de juízo discricionário aplicados nos casos concretos.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2007, p. 359) mencionam que:

Segundo grandes autores pátrios, também existe discricionariedade, ou possibilidade de atuação discricionária, quando a lei utiliza os denominados conceitos jurídicos indeterminados. Na aplicação das leis que utilizam esses conceitos indeterminados, tais como, “boa fé”, “decoro”, “bons costumes”, “moralidade pública”, a Administração, em face do caso concreto, terá que decidir se ocorre ou não a incidência da norma legal. Todos os conceitos indeterminados têm uma zona de certeza, um núcleo em que não há margem para dúvida sobre o enquadramento ou não de uma situação em seu conteúdo. Existe, entretanto, uma área de incerteza, uma “zona de penumbra” (“zona gris”), dentro da qual não é possível estabelecer uma única atuação juridicamente válida.

Existem, portanto, conceitos jurídicos que delimitam a realidade a qual se referem de forma exata. E outros que necessitam de interpretação para se descobrir qual o seu sentido preciso para uma solução justa, obedecendo aos limites impostos pela lei. Nos limites da incerteza de conceitos, caberá a autoridade competente fixar uma interpretação para obter o sentido real e atuar conforme este entendimento fixado no momento da aplicação (TOURINHO, 2004, p. 33-38).

Desta forma, se um caso concreto fugir da zona de certeza de um conceito jurídico indeterminado, a Administração terá a discricionariedade de escolher se tal caso se enquadra ou não na área de incerteza. Assim, nessa conjectura, caberá a própria Administração decidir qual a atuação irá se aproximar mais do interesse público, dentre das atuações juridicamente válidas que podem ser aplicadas. Não cabe ao judiciário substituir a Administração Pública neste juízo valorativo (ALEXANDRINO, PAULO, 2007, p. 359-360).

A finalidade legal apresenta imprecisões das noções práticas, mas tal imprecisão não é absoluta, apenas relativa, pois os referenciais farão com que se diminua a falta de clareza. Quando a lei conceitua para disciplinar certas situações, na verdade está estabelecendo referências, por isso sempre teremos uma zona de certeza positiva ou negativa. Sempre podemos retirar razoavelmente da lei um comando certo e inteligível (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 917 – 933).

A interpretação das normas são norteadas pelos princípios, que são normas dotadas de positividade que têm o poder de determinar condutas ou impedir comportamentos com eles

incompatíveis. Desta forma, os princípios orientam o intérprete nas soluções jurídicas dos casos concretos que lhes são submetidos (TOURINHO, 2004, p. 53 - 59).

Celso Antônio Bandeira de Mello (p. 84 – 904) cita como princípios constitucionais do Direito Administrativo Brasileiro, expressos ou implícitos: princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da legalidade, princípio da finalidade, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da motivação, princípio da impessoalidade, princípio da publicidade, princípio do devido processo legal e da ampla defesa, princípio da segurança jurídica, princípio da moralidade administrativa, princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos, princípio da eficiência e princípio do controle judicial dos atos administrativos. O referido autor defende a ideia de que tais princípios constituem um sistema de comandos, portanto a violação de um princípio é a forma mais grave da ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois afeta os valores da estrutura jurídica e não apenas uma norma obrigatória específica.

Sabendo que a atuação administrativa está regulada pela legislação através de normas, então, por que a lei concede ao administrador realizar escolhas, dentre as várias situações existentes, para decidir aquela que melhor solucione o caso concreto? A resposta para este questionamento, encontramos em fundamentos de ordem material, lógica e jurídica (TOURINHO, 2004, p. 31 e 32).

O fundamento material julga a inviabilidade da lei abarcar, de forma objetiva, qual o comportamento adequado para alcançar de maneira satisfatória a finalidade legal, diante de todos os casos concretos. A dinâmica do interesse público, faz com que novos fatos surjam, provocando o administrador a tomar decisões, e o legislador não tem como acompanhar este “ritmo” (TOURINHO, 2004, p. 32).

Já o fundamento lógico é empregado pelos autores que declaram a discricionariedade inserida nos conceitos jurídicos indeterminados, dado que é impossível o legislador determinar o alcance de todos os conceitos empregados na linguagem normativa (TOURINHO, 2004, p. 32 e 33).

Por fim o fundamento jurídico, segundo o qual se o legislativo fosse capaz de prever todas as situações orientando o administrador como cumpri-las, o órgão administrativo perderia sua autonomia e seria suprimido pelo judiciário, ocorrendo a violação do princípio de Separação de Poderes (TOURINHO, 2004, p. 33).

Rafael Bielsa (1995, p. 46) faz uma crítica a limitação da discricionariedade, afirmando que existe uma dependência da eficácia da ação administrativa com a discricionariedade, pois os entraves impostos pela legislação emperram a proatividade do

administrador que tem conhecimento e experiência para conduzir a Administração beneficiando o interesse público.

#### 4.2 DA ILEGALIDADE E DO ABUSO DE PODER

A nossa Carta Magna prevê no seu art. 5º que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei. Assim, “a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo o que a lei antecipadamente autoriza” (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p.90).

A legalidade é diferente de lei, é mais ampla, abarca todo o ordenamento jurídico. Enquanto a Administração Pública só pode fazer o que está previsto em lei, os particulares podem fazer o que não for proibido por lei (MELLO, 2000, p. 162-163).

Obedecendo ao princípio da legalidade, o administrador deve agir em conformidade com a lei quando estiver no exercício da função pública. Só pode agir se a lei autorizar. Nesse sentido, quando o agente atua nos limites da sua competência, estará dentro da legalidade, e estará na “ilegalidade” quando: a) o agente agir além da competência legal “excedendo o seu poder”; b) a autoridade praticar determinado ato administrativo sem observar o conteúdo da norma jurídica; a interpretação da norma jurídica não permanecer nos limites comportados pela “moldura do direito” (VITTA, 2010, p 56-58).

Desta forma, o princípio da legalidade se contrapõe ao poder autoritário. Quem desatende a finalidade legal desatende à própria lei. Com isto, não se pode dizer que aplicou a lei, ao usar na prática do ato uma finalidade diversa, pois é justamente a finalidade que direciona o critério orientador da sua correta aplicação (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p.95).

Diferentemente, o “abuso de poder” ocorre quando a autoridade pública atua dentro dos limites da lei, mas sem observar o interesse público (desvio de finalidade). O interesse pessoal substitui o público na decisão tomada. Como também se configura abuso quando o exercício da competência discricionária é desproporcional e quando a autoridade administrativa se omite (VITTA, 2010, p. 58-59).

A doutrina, via de regra, não admite a apreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. No entanto, atualmente, é possível verificar a aceitação deste controle exercido pelo Judiciário sobre a discricionariedade de forma especial quanto a três aspectos fundamentais: razoabilidade/proporcionalidade da decisão, a teoria dos motivos determinantes

e ausência de desvio de finalidade. Caso o judiciário decida pela anulação do ato discricionário, a questão é devolvida para que a Administração Pública reveja seu ato e tome uma nova decisão (MAZZA, 2017, p. 320 e 321).

Neste diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p.282) se manifesta que para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos que eram considerados como abrangidos pelo conceito de mérito, duas teorias foram elaboradas para limitar o exercício do poder discricionário: a teoria do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes. A teoria do desvio de poder proporcionou o exame da finalidade do ato, permitindo que o judiciário anule o ato que se desviar da finalidade de interesse público; a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos motivos que levaram à prática do ato, levando o judiciário a atuar analisando os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Como a discricionariedade é bastante presente nos conceitos jurídicos indeterminados utilizados pelo legislador para designar o motivo e a finalidade do ato, ao analisar estes elementos, o judiciário poderá diferenciar se existe ou não a discricionariedade no caso concreto. Quando os elementos forem objetivos levando a uma única solução válida, a discricionariedade não estará presente, mas sim a interpretação da norma, então o judiciário pode examinar a moralidade dos atos administrativos, baseando-se artigo 37, caput, e artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal.

Desta forma, a legalidade dos atos administrativos assumiu um sentido mais amplo ao integrar, além dos atos normativos, princípios e valores previstos na nossa Carta Magna. Esta ampliação da legalidade, por meio da constitucionalização dos princípios, provocou a mudança de posicionamento de aspectos que eram apontados como sendo de mérito administrativo e passaram a ser legalizados, reduzindo a discricionariedade e aumentando o controle judicial. Então, o judiciário pode examinar os aspectos da legalidade e observar se a Administração não extrapolou os limites da discricionariedade (DI PIETRO, 2018, p. 282).

Corroborando com esta ideia, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 373) menciona que a doutrina e jurisprudência estão assumindo um posicionamento de “alargamento da extensão de incidência da necessidade de se motivarem os atos administrativos”, destacando que a teoria dos motivos determinantes é necessária para o controle da legalidade dos atos administrativos. Assim, por esta teoria “quando a Administração declara o motivo que determinou a prática de um ato discricionário que, em princípio prescindiria de motivação expressa, fica vinculada à existência do motivo por ela, Administração, declarado” (ALEXANDRINO, PAULO, 2007, p. 344).



O caderno de logísticas do MPOG (2015, p.16) menciona que o princípio que merece “realce” é o da motivação, em razão de vincular a autoridade competente a indicar os pressupostos de fato e de direito que determinaram sua decisão. Ressaltando que este princípio é tão importante que deve estar presente nos atos administrativos expedidos no exercício da competência vinculada, assim como para os discricionários.

Dada a importância deste princípio da motivação para o processo, complementa alegando:

a motivação está intimamente relacionada com a concretude do princípio constitucional previsto no art. 5º, XXXV, pois a apreciação dos atos que causem ou ameacem causar lesão a direito, pelo Poder Judiciário, depende dos motivos avançados na decisão, visto que, se não revelados, a sindicabilidade dos atos restará prejudicada (MPOG, 2015, p.16).

Recentemente, foi publicada a Lei 13.655, de 25 de abril de 2018 (em anexo), incluindo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. No seu art. 20, parágrafo único prevê: “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

É fundamental que a atuação administrativa seja exercida dentro dos limites previamente traçados pela lei, para que não ocorra uma confusão de ato discricionário com ato arbitrário. Este não tem vínculo com a realidade, advém da mera vontade pessoal da autoridade. Por isso é necessário as decisões administrativas serem motivadas, para conseguir avaliar se os motivos indicados realmente existiram e justificam o ato (TOURINHO, 2004, p. 35).

O controle administrativo é exercido pelo Executivo e os órgãos de administração dos demais poderes sobre as suas próprias atividades, objetivando preservá-las dentro dos limites legais, controlando a legalidade e o mérito administrativo. “Esse controle deriva do poder-dever de autotutela que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes” (MEIRELLES, 2009, p. 676).

A administração pode anular os atos ilegais, e revogar ou alterar seus próprios atos que considerar inconveniente ou inoportunos para a Administração Pública, considerando que sua finalidade é satisfazer as necessidades coletivas e respeitar os direitos individuais dos administrados. De acordo com a Súmula 473 do Superior Tribunal Federal (STF):

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Os meios de controle administrativo são fiscalização hierárquica e recursos administrativos. A fiscalização hierárquica advém do poder-dever de chefia, visando a ordenar, orientar, coordenar e corrigir suas atividades e seus agentes. E os recursos administrativos são os meios da Administração Pública reexaminar as suas próprias decisões, por razões de legalidade e de mérito. No exercício da jurisdição administrativa, a Administração aplica o direito seguindo a interpretação de seus órgãos técnicos e jurídicos, sobre decisões envolvendo seus servidores e administrados (MEIRELLES, 2009, p.677 - 679).

O controle judicial dos atos administrativos atua na investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. São estes elementos que indicam se a lei foi atendida (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 921).

A proteção judicial tem o condão de assegurar a legitimidade, garantindo que os comportamentos estarão compatíveis com as normas. Com tal característica, o Poder Judiciário busca distinguir a discricionariedade administrativa da interpretação da norma que apresenta apenas uma solução, para evitar a presença de arbitrariedades em decisões administrativas.

#### 4.3 GRADAÇÃO DAS PENAS E A DISCRICIONARIEDADE

Como visto no capítulo anterior, a Lei nº 8.666/93 definiu as sanções, mas não apresentou um detalhamento das hipóteses de sua aplicação, em caso de descumprimento obrigacional. Desta forma remete a discricionariedade administrativa escolher a infração e determinar as possíveis causas de incidência de aplicação de sanções (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1010).

Enquanto a falha legislativa da sanção de impedimento de licitar foi prevêr as infrações e a punição sem identificar a dosagem da pena para cada hipótese.

Considerando que deve existir uma definição da punição adequada no caso da ocorrência de infrações, “a solução consistiria em exigir que, por meio de ato regulamentar ou

no corpo do próprio edital, fossem estabelecidos pressupostos básicos delimitadores do sancionamento” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1010).

Concordando com este entendimento, o Tribunal de Contas da União (TCU) recomenda que as hipóteses estejam apresentadas de forma clara e correlacionadas com suas sanções no edital e no contrato. Em razão de evitar discussões sobre a possibilidade de sua aplicação, na existência de um futuro conflito de interesses entre as partes, contratante e contratado. Assim se posicionou a Primeira Câmara do referido tribunal, quando lavrou o Acórdão 137/2010:

Preveja, tanto no edital quanto no respectivo contrato, situações claras para aplicação das penalidades, estabelecendo gradações entre as sanções de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada, em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei no 8.666/1993 (TCU, 2010).

O intuito é criar regras estáveis dando segurança às relações jurídicas nos casos concretos. Cabe ao instrumento convocatório estruturar as regras do contrato, a fim de manter um equilíbrio entre as partes, mesmo o Estado possuindo supremacia. Portanto, a sanção ao particular deve ser definida e aplicada não pela vontade do gestor, mas porque estava definida, previamente, nos termos do edital ou contrato em que se deu a penalidade. Frisamos que assim iriam ser respeitados os princípios da segurança jurídica e da vinculação ao instrumento convocatório (MEDEIROS, 2012, p. 10- 11).

Na prática, ocorre que, como já mencionado anteriormente, a grande maioria dos órgãos públicos utilizam o modelo de edital e contrato fornecidos pela AGU, acreditando que este, por ser fornecido como uma referência, seria o considerado como correto. Este modelo de edital apresenta no seu Termo de Referência a previsão de abordar sobre as sanções por atos praticados no contrato. Assim está disposto a cláusula das sanções:

#### **10. DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

10.1 Comete infração administrativa nos termos da Lei nº 8.666, de 1993 e da Lei nº 10.520, de 2002, a Contratada que:

- 10.1.1 inexecutar total ou parcialmente qualquer das obrigações assumidas em decorrência da contratação;
- 10.1.2 ensejar o retardamento da execução do objeto;
- 10.1.3 fraudar na execução do contrato;
- 10.1.4 comportar-se de modo inidôneo;
- 10.1.5 cometer fraude fiscal;
- 10.1.6 não mantiver a proposta.

10.2 A Contratada que cometer qualquer das infrações discriminadas no subitem acima ficará sujeita, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal, às seguintes sanções:

- 10.2.1 advertência por faltas leves, assim entendidas aquelas que não acarretem prejuízos significativos para a Contratante;

10.3 multa moratória de .....% (..... por cento) por dia de atraso injustificado sobre o valor da parcela inadimplida, até o limite de ..... (.....) dias;

**Nota explicativa:** A Administração deve decidir, caso a caso, de acordo com o objeto, qual o prazo limite para a mora da contratada, a partir do qual a execução da prestação deixa de ser útil para o órgão e enseja a rescisão do contrato. Lembre-se que esse modelo é apenas uma sugestão; é possível escalonar as multas conforme os dias de atraso, por exemplo.

10.3.1 multa compensatória de .....% (..... por cento) sobre o valor total do contrato, no caso de inexecução total do objeto;

10.3.2 em caso de inexecução parcial, a multa compensatória, no mesmo percentual do subitem acima, será aplicada de forma proporcional à obrigação inadimplida;

**10.3.3** suspensão de licitar e impedimento de contratar com o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente, pelo prazo de até dois anos;

10.3.4 impedimento de licitar e contratar com a União com o consequente descredenciamento no SICAF pelo prazo de até cinco anos;

10.3.5 declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a Contratada ressarcir a Contratante pelos prejuízos causados;

10.4 Também ficam sujeitas às penalidades do art. 87, III e IV da Lei nº 8.666, de 1993, as empresas ou profissionais que:

10.4.1 tenham sofrido condenação definitiva por praticar, por meio doloso, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

10.4.2 tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

10.4.3 demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

10.5 A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa à Contratada, observando-se o procedimento previsto na Lei nº 8.666, de 1993, e subsidiariamente a Lei nº 9.784, de 1999.

10.6 A autoridade competente, na aplicação das sanções, levará em consideração a gravidade da conduta do infrator, o caráter educativo da pena, bem como o dano causado à Administração, observado o princípio da proporcionalidade.

10.7 As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF.

(Grifo no original)

(AGU, 2018)

Como se pode observar, a AGU faz uma nota explicativa apenas se referindo as multas. E, exatamente desta mesma maneira, este modelo é reproduzido por diferentes órgãos públicos. A elaboração da maioria dos editais do Brasil segue literalmente este modelo, repetindo esses pontos, sem ofertar hipóteses de forma clara e correlacionadas com suas sanções, não obedecendo à recomendação do TCU.

Da maneira que este “edital modelo” é apresentado, ele simplesmente repete as sanções dispostas em lei e como bem diz Marçal Justen Filho (2012, p.1015) pelo princípio da legalidade, deve existir a hipótese de incidência da sanção, a simples previsão legal da existência da sanção não supri tal omissão. As sanções foram elencadas sem informar os pressupostos de aplicação de cada sanção, especialmente no que se refere a conduta de “inexecução total ou parcial”, prevista no art. 87 da lei 8.666/93, no qual prevê várias sanções

para esta infração, e este edital repetiu a omissão legislativa, sem orientar servidores ou fornecedores de como se dará esta aplicação nos casos concretos.

Este respeitado doutrinador ainda ensina que apesar da lei deixar subentender que existe uma variação de gravidade entre as sanções, pois não é possível nivelar a sanção de advertência e a declaração de inidoneidade para licitar. E expõe sobre o art 87 da Lei 8.666/1993:

A Lei não pode remeter à Administração a faculdade de escolher quando e como aplicar cada sanção prevista no art. 87, pois isso ofenderia o princípio da legalidade. Logo, será impossível aplicar qualquer das sanções previstas no art. 87 sem que as condições específicas de imposição estejam explicitadas (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1016).

Julgados do STJ (MS nº13.041/DF- 1ª S. 2008) e do TCU (Acórdão nº 2.558/2006 – 2ª Câmara) afirmam a existência da competência discricionária da Administração para promover a aplicação de sanção diante dos casos concretos. O TCU exige a motivação específica das decisões que impõem sanções. Marçal Justen Filho (2012, p. 1016) diz que os princípios da igualdade e da proporcionalidade também devem ser analisados e controlados pelo judiciário.

Este doutrinador continua seu pensamento (2012, p. 1010) afirmando que é inconstitucional e incompatível com a ordem jurídica brasileira defender a ideia de que cabe ao gestor público a faculdade discricionária de escolher a penalidade cabível a ser aplicada nos casos concretos. “Definir infração e regular a individualização da sanção significa determinar com certa precisão os pressupostos de cada sanção cominada em lei.”

Nesse sentido, os estudos de Felipe Blanco Garcia Guimarães Fleury (2016, p. 146) apontam:

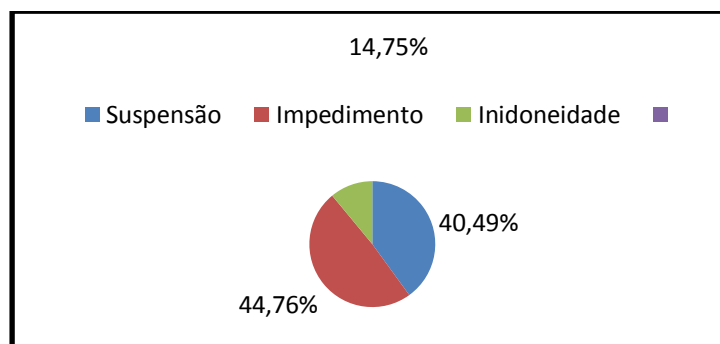
E, na ausência de critérios previstos na legislação de regência, pretendendo-se, uma vez mais, superar esta inconstitucionalidade e reduzir a lesividade na aplicação destas penalidades, cabe à autoridade competente determinar a sanção cabível com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em consideração a gravidade do comportamento ilícito; o elemento subjetivo; o prejuízo perpetrado à Administração; dentre outros elementos que auxiliem na qualificação da gravidade da conduta, o que está sujeito a controle pelo Poder Judiciário.

Assinalamos que embora subentendido a gradação das penas, não existe previsão legal impondo à Administração aplicar a sanção mais leve, e só após um novo descumprimento, aplicar a sanção mais grave. As penalidades impostas devem estar em conformidade com a gravidade do fato e do dano causado com tal conduta para a Administração, de maneira a, após apurar o grau de reprovabilidade da conduta faltosa, reprimir a continuidade da conduta

ou limitar durante certo período de tempo o direito do contratado licitar e contratar com a Administração (MPOG, 2015, p. 25).

As mencionadas leis de licitação proporcionam “sanções distintas para repressão a condutas descritas de modo idêntico” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1010). A fim de analisar esta afirmação, consultamos o site do Portal da Transparência, entretanto não é possível em consulta pública acessar a informação de qual conduta deu ensejo a cada penalidade. No site é permitido identificar as sanções impostas, a contratada penalizada e o órgão contratante que aplicou a pena. A pena de advertência e de multa não constam no campo de pesquisa, acreditamos que por não limitar direitos e, como bem fala o doutrinador Marçal Justen Filho (2012, p. 1019), estas sanções são internas ao contrato, inscritas apenas no âmbito de cada contratação. Num universo de 12.399 sanções aplicadas as empresas, delimitamos para as leis de licitação estudadas e esse número foi reduzido para 4.799 sanções, das quais: a) suspensão temporária da lei de licitações consta em 1.943 aplicações (40,49%); b) impedimento em licitar e contratar da lei de pregão somam 2.148 penalidades (44,76%); e c) declaração de inidoneidade em licitar da lei de licitações aparece num total de 708 (14,75%).

Figura 2 -Distribuição de sanções



Fonte: Portal da Transparência (2018).

Diante do exposto, podemos concluir que impedimento em licitar foi a opção de sanção mais escolhida pela maioria dos gestores públicos. Este fato não é de se impressionar, pois devido a regra imposta pela União (Decreto 5.450/2005, art. 4º, §1º), o uso da modalidade pregão é utilizado em quase todas as licitações no âmbito federal, salvo nas vendas de objetos e as obras de alguma complexidade. E como já mencionado, esta lei traz no seu art. 7º a descrição das condutas nas quais incidirão punições, então esta sanção seria até de mais “fácil” aplicação.

Ressaltamos a atenção para o fato da sanção de suspensão temporária, tão criticada pela maioria dos doutrinadores pela ausência de previsão legal das situações de cabimento das

sanções previstas nesta sanção, obteve um número expressivo de punições. Este fato comprova que na prática, existe a integração entre as penalidades. E que conforme o caderno de logísticas do MPOG (2015, p. 22) menciona que apesar de serem sanções assemelhadas, elas coexistem, pois o ordenamento jurídico é formado com normas que precisam ser compatíveis entre si como condição necessária para sua validade. Com isto, observa-se que “isso exige que a autoridade esteja atenta para que a aplicação da pena esteja calcada na proporcionalidade e na razoabilidade, podendo ocorrer, inclusive, a possibilidade de haver resultados distintos para condutas aparentemente idênticas” (MPOG, 2015, p.25).

Considerando que Fábio Mauro de Medeiros (2012, p.6) expôs que alguns comportamentos do contratado igualam as penalidades de impedimento de contratar e licitar com a suspensão temporária do direito de licitar e contratar, “quando o comportamento do particular for grave nos resultados, mas mera inadimplência em termos contratuais”. Como o contratado irá ter conhecimento prévio se tal conduta limitará o seu direito de licitar por certo período de tempo apenas com o órgão ou com todo o ente federativo ao qual o órgão aplicador pertence? A melhor solução para responder a este questionamento é os órgãos preverem de forma mais clara em seus editais, termos de referência, contratos ou instruindo um regulamento. Assim:

A situação ideal é o estabelecimento dos pressupostos delimitadores e delineadores das sanções no instrumento convocatório e no contrato, quanto ao núcleo essencial de um comportamento ou de um grupo de condutas proibidas, que são as obrigações legais, contratuais e editalícias, conjugando-as às sanções correspondentes, preferencialmente, de acordo com a gravidade do fato e o grau de reprovabilidade da conduta (MPOG, 2015, p. 18).

Com o intuito de padronizar a regulamentação de aplicação de penas a toda Administração direta e indireta, existe um projeto de lei do senado (PLS 457/2017) em tramitação que visa alterar a Lei do Pregão para prever condutas que importarão no impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública e estabelecer a forma de realizar a dosimetria da imposição dessa pena. Esta regulamentação padronizada instauraria a segurança jurídica na aplicação das normas. Mas, por enquanto, existem em vigor três destacados exemplos de um direcionamento para tais penas.

O primeiro exemplo é o próprio edital do TCU, que prevê critérios de dosimetria e gradações nas sanções, seguindo a sua própria recomendação. Primeiro apresenta as sanções de multa e impedimento de licitar aplicáveis caso ocorra uma das infrações elencadas, ficando subentendido que se refere a fase licitatória. Depois menciona que as infrações de retardamento, de falha na execução do contrato ou de inexecução total do objeto estarão

sujeitas, isoladamente ou conjuntamente com a pena de multa, as penas de advertência, suspensão temporária, declaração de inidoneidade e impedimento de licitar, também ficando subentendida que se refere à execução do contrato. Logo em seguida afirma que no caso de inexecução total o contratado estará sujeito a multa de 30% e no caso de retardamento da execução multa de 1,5% do valor contratado por dia de atraso na execução do objeto até o máximo de 30%. Desta forma, apresenta a previsão da sanção de multas cabíveis. É interessante a maneira que foi elaborada as gradações das penas, indicando diferentes hipóteses e cada uma com seu grau de reprovabilidade. Embora, como ponto negativo, este edital falhou nas correlações entre condutas e as demais sanções, não ficou claro qual será a sanção a ser imposta. Não é possível saber, por exemplo, com quantos graus de reprovabilidade passará da pena de suspensão para a de impedimento de licitar. A íntegra desta cláusula décima quarta do edital do pregão eletrônico nº 16/2018 está disponível em anexo (ANEXO A), abaixo trazemos o fragmento do edital que apresenta a tabela de gradações:

#### CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – DAS SANÇÕES

(...)

6. A falha na execução do contrato estará configurada quando a CONTRATADA se enquadrar em pelo menos uma das situações previstas na tabela 3 abaixo, respeitada a graduação de infrações conforme tabela 1 deste item, e alcançar o total de 20 (vinte) pontos, cumulativamente.

Tabela 1

Grau da infração	Pontos da infração
1	2
2	3
3	4
4	5
5	8
6	10

(...)

Tabela 3

Item	Descrição	Grau	Incidência
1	Atrasar, suspender ou interromper, salvo motivo de força maior ou caso fortuito, a entrega e aplicação das vacinas, prejudicando, inclusive, o período determinado para a campanha de vacinação previsto nos subitens 1.3.1 e 1.3.2 da CLÁUSULA QUARTA – DOS PRAZOS DE EXECUÇÃO.	5	Por dia e por ocorrência, em cada unidade de atendimento.
2	Permitir situação que crie a possibilidade de causar ou que cause dano físico, lesão corporal ou consequências letais.	6	Por ocorrência
3	Subcontratar o gesto vacinal de maneira que não seja realizado por empresas e profissionais legalmente habilitados.	6	Por ocorrência
Para os itens a seguir, deixar de:			
4	Cumprir determinação formal ou instrução	2	Por ocorrência



	complementar da FISCALIZAÇÃO.		
5	Apresentar notas fiscais discriminando preço e quantidade de todo o objeto fornecido.	2	Por ocorrência
6	Entregar ou entregar com atraso os esclarecimentos formais solicitados para sanar as inconsistências ou dúvidas suscitadas durante a execução do contrato.	2	Por ocorrência e por dia
7	Substituir, reparar ou remover o objeto incompatível com o contratado ou que apresentar defeito/vício, no prazo definido, contado da comunicação da CONTRATANTE.	2	Por item e por dia
8	Comunicar à CONTRATANTE, no prazo definido, os motivos que impossibilitarão o atendimento tempestivo da solicitação.	3	Por dia
9	Apresentar a documentação exigida por força contratual e legal.	2	Por dia e por ocorrência
10	Cumprir quaisquer dos itens do contrato e seus anexos não previstos nesta tabela de multas, após reincidência formalmente notificada pela unidade fiscalizadora.	3	Por item e por ocorrência

(Grifo no original)

(TCU, 2018).

O segundo exemplo é a Instrução Normativa nº 01/17 da Presidência da República (ANEXO B), que estabelece critérios sobre conduta e dosimetria na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista no art. 7º da Lei de pregão, no âmbito da Presidência da República. Esta instrução objetiva atender as orientação do TCU, com isso nos editais da Presidência da República existem a informação que as sanções seguirão ao disposto nela. Apesar da elaboração da redação deste regulamento ser clara e direta, apresentando previamente como se dará a aplicação de sanção de impedimento de licitar por este órgão, destacamos as previsões de períodos curtos de pena, para condutas como comportar-se de modo inidôneo com previsão de apenas dois anos. Além disso, acreditamos que esta instrução limitou por demais a atuação do administrador apresentando sua dosagem já prefixada em lei, mencionando poucos casos de atenuantes e agravantes, não há margens satisfatórias para que a autoridade competente, adeque a sanção ao grau de culpabilidade verificado. Desta maneira, pode acarretar situações nas quais condutas decorrentes de dolo, culpa grave ou culpa levíssima seriam igualmente apenadas.

Entretanto, o ponto negativo mais alarmante foi que esta instrução se limitou a detalhar apenas sobre a sanção de impedimento de licitar. O seu edital é semelhante ao da AGU e traz a previsão de aplicar as demais penas sem fazer qualquer correlação entre as infrações cometidas com as sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade, tal omissão torna também impossível saber o que levará a Administração eleger essas sanções.

O terceiro e último exemplo é o edital do Pregão Eletrônico DRF/VIT/ES nº 05/2014, da Delegacia da Receita Federal de Vitória, que foi considerado como um edital “modelo”

pelo professor Lisías Zanoni (em anexo, a parte de sanções do mesmo). Destacamos que embora encontramos falhas que serão expostas posteriormente, este edital de fato foi muito bem elaborado, com fácil compreensão e abordando diferentes condutas consideradas inapropriadas, graduando cada uma delas, além correlacionar com suas respectivas sanções. O edital da Delegacia da Receita Federal de Vitória primeiro apresenta as sanções de multa e impedimento como sanções aplicáveis a fase de licitatória, demonstrado na figura 2. Depois apresenta as penas aplicáveis relativas à execução do contrato, considerando apenas advertência, multa e impedimento de licitar.

Percebe-se que foi feita a integração parcial dos dispositivos das leis especiais sobre licitações e contratos, citada no capítulo anterior (no subtópico 2.4.1 Questões controversas das sanções administrativas previstas nas leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002). Devemos lembrar que parcela majoritária da doutrina e jurisprudências mencionam que houve esta integração das penas, mas acreditamos que diante das questões controversas envolvendo as semelhanças entre as penas de suspensão de licitar e declaração de inidoneidade com a sanção de impedimento de licitar, este órgão optou por só prever no seu edital, além das sanções do pregão apenas a advertência. Desta forma, conseguiu definir bem o alcance de cada uma das sanções, como podemos visualizar abaixo nas figura 3 e 4:

Figura 3 - Sanções relativas à licitação

	GRAU	MULTA	IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A UNIÃO E DESCRENCIAMENTO NO SICAF
		<i>Compensatória</i>	<i>PRAZO</i>
1		5% por ocorrência	Mínimo: 1 mês Máximo: 1 ano
2		8% por ocorrência	Mínimo: 1 mês Máximo: 2 anos
3		10% por ocorrência	Mínimo: 6 meses Máximo: 3 anos
4		12% por ocorrência	Mínimo: 3 anos Máximo: 5 anos
5		15% por ocorrência	Mínimo: 4 anos Máximo: 5 anos


Item	INFRAÇÃO	GRAU
1	Não celebrar o contrato no prazo de convocação, durante a vigência de sua proposta.	3
2	Deixar de entregar documentação exigida na licitação	2
3	Deixar de encaminhar os anexos no prazo de convocação, durante a fase de aceitação	2
4	Cometer atos protelatórios, durante os procedimentos licitatórios, com intuito de adiamento dos prazos da licitação	2
5	Interpor recursos sem motivação fundamentada, ou com motivação descabida, ou com motivação genérica, prejudicando a condução da licitação	3
6	Não manter a proposta durante o prazo de validade da mesma	3
7	Desistir de Proposta de Preços após início da Fase de Habilitação	1
8	Não comprovar a regularidade fiscal, no prazo fixado no edital, de que trata o §4º do artigo 4º do Decreto nº 6.204/2007.	3
9	Apresentar documentação falsa	4
10	Fazer declaração falsa ou omitir informações	4
11	Cometer fraude fiscal	4
12	Comportar-se de modo inidôneo ou cometer mais de uma das faltas previstas nos subitens anteriores	5

Fonte: Lisías Zanoni (2016).

Figura 4- Sanções relativas a execução do contrato

ES VITORIA DRF

Fl. 90

  
Receita Federal

Delegacia da Receita Federal do Brasil em Vitória/ES

Processo nº: 15595.720338/2014-10

GRAU	ADVERTÊNCIA	MULTA e BASE DE CÁLCULO		IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A UNIÃO E DESCREDENCIA- MENTO NO SICAF
	Na 1ª ocorrência	Mora Diária	Compensatória	PRAZO
		Valor Mensal	Valor Global	
1	Sim	Não	Não	Não
2	Não	0,5% por ocorrência	1,5% por ocorrência	Mínimo: 1 mês Máximo: 2 anos
3	Não	0,7% por ocorrência	3,0% por ocorrência	Mínimo: 6 meses Máximo: 3 anos
4	Não	0,8% por ocorrência	8,0% por ocorrência	Mínimo: 3 anos Máximo: 5 anos
5	Não	0,9% por ocorrência	15% por ocorrência	Mínimo: 4 anos Máximo: 5 anos

Item	INFRAÇÃO	GRAU
1	Descumprimento de quaisquer outras obrigações contratuais, não explicitadas nos demais itens, que sejam consideradas <u>leves</u>	1
2	Não entrega de documentação <u>simples</u> solicitada pelo CONTRATANTE	1
3	Atraso parcialmente justificado na execução	1
4	Atraso injustificado na execução	2
5	Descumprimento de prazos, exceto quanto aos itens 3 e 4 supra	3
6	Erros de execução do objeto	3
7	Desatendimento às solicitações do CONTRATANTE	3
8	Descumprimento de quaisquer outras obrigações contratuais, não explicitadas nos demais anteriores, que sejam consideradas <u>médias</u>	3
9	Execução imperfeita do objeto	3
10	Não manutenção das condições de habilitação e de licitar e contratar com a Administração Pública durante a vigência contratual	4
11	Não entrega de documentação <u>importante</u> solicitada pelo CONTRATANTE	4
12	Descumprimento de quaisquer outras obrigações contratuais, não explicitadas nos demais itens, que sejam consideradas <u>graves</u>	4
13	Inexecução parcial do Contrato	4
14	Descumprimento da legislação (legais e infralegais) afeta à execução do objeto (direta ou indireta)	5
15	Cometimento de atos protelatórios durante a execução visando adiamento dos prazos contratados	5
16	Inexecução total do Contrato	5
17	Cometimento de fraude fiscal, durante a execução do objeto	5
18	Declaração, documentação ou informação falsa, ou adulteração de documentos, ou omissão informações	5
19	Comportamento inidôneo ou cometimento de mais de uma das infrações previstas nos subitens anteriores	5
<b>Para os itens seguintes deixar de:</b>		
20	Cumprir determinação formal ou instrução do fiscal, por ocorrência.	3

Fonte: Lisías Zanoni ( 2016)

Discordando do professor Lisías Zanoni, acreditamos que mesmo apresentando uma louvável elaboração, este edital também apresenta falhas. Visto que além de não apresentar a integração das penalidades, pois acreditamos que se estivesse absolutamente em concordância com o disposto no nosso ordenamento jurídico, esta integração deveria ocorrer, e, portanto,

deveria ter encontrado uma solução para a questão controversa na aplicação das sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Como também, este edital não discorreu sobre os atenuantes das sanções, apenas prevendo os agravantes das penas.

Frisamos que a nova lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, trouxe tal prenúncio no seu artigo 20, §2º, exposto abaixo:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as **circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente**.  
(Grifo nosso)

Nesse cenário, vimos que parte da doutrina entende que a falta da tipicidade do art. 87 da Lei 8.666/93, devido a ausência de previsão legal das situações de cabimento das sanções previstas nas sanções de suspensão (inciso III) e inidoneidade de licitar (inciso IV), poderia ser suprido com um regulamento. Entretanto, vimos também que Marçal Justen Filho (2012, p. 1018), vai além, afirmando que é inaceitável que se adote uma cláusula geral capaz de permitir que uma mesma conduta sofra penas divergentes baseando-se na faculdade de escolha da autoridade administrativa, assim violando o sistema constitucional. É necessário a lei determinar limites para que o agente identifique de forma precisa qual a conduta apta a ser aplicada. Este doutrinador, assim, complementa o seu posicionamento:

(...) existe a necessidade de providência legislativa ou administrativa, destinada a evitar a incerteza sobre os pressupostos de aplicação das sanções previstas na Lei 8.666. Esse entendimento não tem merecido maior adesão, reputando-se que a natureza da responsabilidade administrativa seria incompatível com definições legislativas mais exatas. Ainda quem discorde desse entendimento, é inafastável que os parâmetros da ilicitude e da punição sejam predeterminados, ainda que por atos de cunho regulamentar ou contratual.

Corroboramos de igual entendimento, entretanto, caso esta omissão legislativa seja sanada por regulamento (instrução normativa ou edital), este teria que ser um regulamento padrão a ser utilizado em todo o âmbito da Administração nacional. Caso contrário, ocorreria o mesmo problema desses regulamentos considerados “modelos” que acabamos de ver. Mesmo tidos como referências, são utilizados apenas no âmbito interno do seu órgão criador, e apresentaram falhas. Frisamos, em especial, a decisão da Delegacia da Receita Federal de Vitória na elaboração do seu edital, optando pela não integração total das penalidades, omitindo do seu edital as penas de suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Desta

forma, evidencia-se como a interpretação particular de cada órgão ou entidade, apresenta diferenças, assim, permaneceria o problema em gerar duas penas para uma mesma conduta. Paulo Sérgio de Monteiro Reis (2005, p. 5) enfatiza que aplicação de penas diferentes em razão exclusiva da modalidade licitatória, resultaria na ilegalidade de poder aplicar duas penas para o mesmo crime.

Diante do exposto, percebe-se que o ato de punir da Administração é um ato vinculado ao interesse público e o ato de escolher a sanção a ser aplicada é discricionário. Para julgar a penalidade mais adequada, a Administração Pública deve examinar o fato associando com as regras contratuais, observando as garantias constitucionais, instaurando o processo administrativo (MPOG, 2015, p.22). Quanto mais detalhada essas regras contratuais estiverem dispostas, mais trará segurança jurídica na aplicação das normas, facilitando inclusive a atuação da autoridade em direcionar a escolha da sanção, bem como do contratante tomar conhecimento da sanção que sofrerá, caso cometa uma infração administrativa.

Corroborando este entendimento com o disposto na nova lei nº 13.655/2018, art. 30:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.  
Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Não existe divergência na doutrina quanto à necessidade da autoridade atentar-se para gradação e a proporcionalidade da conduta que penaliza o particular. Assinalamos que as “sanções aplicadas de forma exagerada e desproporcional, ou em desacordo com a previsão contida no edital ou contrato, têm sido revistas pelo judiciário, não se tratando de ingerência no mérito administrativo, mas sim de anulação do ato arbitrário” (MPOG, 2015, p. 25)

As regras mais estáveis que o TCU recomenda, que os órgãos públicos federais criem para ofertar uma previsibilidade às relações jurídicas no processo administrativo sancionador, só será de fato sanada com a presença de uma lei regulamentadora de caráter nacional para suprir estas lacunas e evitar as incertezas. Esta lei regulamentadora viria para padronizar esta sistemática no nosso ordenamento jurídico.

Guilherme Yadoya de Souza (2014, p. 71) também compartilha deste entendimento afirmando que a Administração Pública tem “o dever de normatizar de forma clara, abrangente e consistente os procedimentos e os critérios (ou parâmetros) de aplicação das sanções, como condição indispensável para o exercício do poder punitivo outorgado por lei”.

A ampla liberdade discricionária dada a autoridade administrativa na aplicação da escolha da sanção suprime o direito do contratado em saber previamente qual conduta levará a determinada punição, não sendo justo só saber qual será a sanção que foi enquadrado no momento propício para este apresentar sua defesa referente ao processo administrativo. É fundamental vir em lei a proporcionalidade da sanção com a definição e delimitação das condutas que caracterizam a relevância do bem jurídico lesado.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da presente pesquisa foi o de analisar a aplicabilidade de um regulamento padrão do processo administrativo de sanção disciplinar, em um cenário no qual o legislador permite que a Administração Pública indique a sanção a ser aplicada no caso concreto. Visando alcançar este objetivo, analisamos os preceitos jurídicos e os critérios que devem nortear a definição e a dosagem da sanção no caso concreto pela autoridade administrativa.

Ao observar as infrações e sanções administrativas prevista na lei nº 8.666/93, percebe-se que não foram previstos aspectos importantes para a penalização, como por exemplo, a tipificação das condutas, a correlação entre as infrações e as sanções, a autoridade administrativa competente para aplicar todas as sanções e as regras procedimentais que irão nortear o processo administrativo punitivo. Exigindo da Administração Pública a missão de interpretar esta lacuna legislativa na apuração e aplicação das penalidades, visando obedecer aos princípios que norteiam o processo administrativo, em especial a razoabilidade, a proporcionalidade e a segurança jurídica. Já a lei do Pregão, não previu no seu art. 7º de que maneira se daria a dosimetria da sanção de impedimento de licitar.

Numa tentativa de encontrarmos uma solução para ampliar a segurança jurídica, enfrentamos temas complexos e nos deparamos com a existência de inúmeras divergências e insuficiência legislativa encontradas nesta temática de sanções administrativas.

Nesse sentido, fixamos desde o início os nossos argumentos, construindo, primeiramente, o entendimento de aspectos importantes que envolvem a sanção administrativa em licitação e contratos públicos, delimitando o nosso objeto de estudo. Mesmo diante das dificuldades em encontrar este tema de maneira mais aprofundada na doutrina brasileira, apontando um problema diante da sua importância e gravidade para assegurar direitos individuais dos contratados

Ingressamos nas espécies de sanções e seus aspectos controversos, assim, nos deparamos com divergências jurisprudenciais entre TCU e STJ em relação ao alcance da pena de suspensão temporária, que só denotam a insuficiência de disciplina legal sobre o tema, acarretando ainda mais insegurança a autoridade administrativa na aplicação da sanção; a omissão legislativa sobre a correlação das infrações e sanções administrativas encontradas no art. 87 da lei 8.666; e a aceitação da integração das penas das leis gerais de licitação, que gerou ainda mais conflitos, especialmente, em saber quando se deve aplicar as sanções de suspensão temporária, impedimento em licitar e declaração de inidoneidade.

Investigada a sanção administrativa em licitação e contratos públicos, passamos para o estudo da dosimetria da sanção administrativa no processo administrativo, oportunidade em que procuramos abordar os aspectos gerais do processo administrativo sancionador, para conseguir esboçar um direcionamento para os principais princípios que acreditamos que devem ser observados em todo o processo e, enfim, sugerir a adoção dos critérios dosimétricos previstos no Direito Penal, sejam integrados no Direito Administrativo punitivo, visando ter como resultado uma sanção adequada e individualizada a cada empresa.

E, durante este desenvolvimento, também estudamos temas muito caros, como por exemplo, a falta de regras procedimentais para nortear o processo administrativo punitivo, e para suprir usa dos princípios constitucionais, Lei 9.784/1999 e Lei 8.666/1993, o que evidentemente demanda de uma grande capacidade de interpretação e um aprofundado conhecimento nestas legislações; a tentativa do Ministério do Planejamento em uniformizar os procedimentos, mas que diante das estruturas administrativas dos órgãos públicos serem tão diferentes, encontrou dificuldades para instituir um modelo único; a figura da sujeição especial para justificar a falta de tipicidade das sanções administrativas na previsão legal; omissão legislativa quanto aos critérios dosimétricos que devem ser seguidos para apurar o grau de reprovabilidade da conduta, apesar do STJ expor entendimento que estes devem existir na aplicação da pena; entre outros.

É essencial ressaltar importância da previsibilidade na legislação dos critérios dosimétricos que devem ser considerados na aplicação da sanção administrativa nos processos licitatórios, assim como existe no Direito Penal. A autoridade administrativa precisa ter um direcionamento claro e preciso imposto por lei, para apurar a gravidade e a reprovabilidade da infração, agindo, assim, de maneira razoável e proporcional, como solicita o STJ.

Findo o estudo da dosimetria da sanção administrativa no processo administrativo, mergulhamos na discricionariedade do administrador público na gradação da sanção administrativa. A falta de tipificação destas infrações, remete a discricionariedade administrativa escolher a infração e determinar as possíveis causas de incidência de aplicação de sanções, e, assim, permite que cada órgão e entidade escolha da forma que achar conveniente e oportuna a gravidade da ilicitude praticada.

Diante da problemática apresentada sobre a possibilidade de elaborar um regulamento padrão dispondo de critérios para disciplinar a discricionariedade da Administração Pública na dosimetria da pena, a fim de criar regras mais estáveis no processo administrativo sancionador. A proposta de solução de regulamentar por meio de instrução normativa, edital e



contrato elaborados pelo próprio órgão administrativo demonstraram ser insuficiente, pois não atenderam de forma satisfatória este problema apresentado.

Apesar de parte da doutrina defender que esta falha legislativa pode ser sanada, por atos de cunho regulamentar ou contratual da Administração Pública, acreditamos que se este fosse o caso, teria que ser um regulamento padrão a ser utilizado em todo o âmbito da Administração Pública nacional. Bem vimos que regulamentos considerados “modelos”, para serem usados apenas no âmbito interno do seu órgão criador, apresentaram falhas. Frisamos, em especial, a decisão da Delegacia da Receita Federal de Vitória na elaboração do seu edital, optando pela não integração total das penalidades, omitindo do seu edital as penas de suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Desta forma, fica nítido como a interpretação particular de cada órgão ou entidade, apresenta diferenças, assim, permaneceria o problema em gerar duas penas para uma mesma conduta, comprometendo o princípio da segurança jurídica.

A ampla liberdade discricionária dada a autoridade administrativa na aplicação da escolha da sanção suprime o direito do contratado em saber previamente qual conduta levará a determinada punição, não sendo justo só saber qual será a sanção que foi enquadrado no momento propício para este apresentar sua defesa referente ao processo administrativo. É fundamental vir em lei a proporcionalidade da sanção com a definição e delimitação das condutas que caracterizam a relevância do bem jurídico lesado.

Em face deste cenário de incertezas, destacamos as evidências que a omissão legislativa presente em diferentes pontos da lei, geram os mais variados conflitos, demonstrando a necessidade de uma lei regulamentadora de caráter nacional para sanar estas lacunas e evitar as incertezas. Esta lei regulamentadora viria para padronizar esta sistemática no nosso ordenamento jurídico, trazendo mais segurança jurídica.

Por fim, ressaltamos a relevância do doutrinador Marçal Justen Filho que compartilhou deste entendimento que precisamos de uma lei nacional regulando a matéria. Como vimos no Capítulo 3 (3.2.2 Princípio da tipicidade) e Capítulo 4 (4.3 Gradação das penas e a discricionariedade), este doutrinador defende que é inaceitável que se adote uma cláusula geral capaz de permitir que uma mesma conduta sofra penas divergentes baseando-se na faculdade de escolha da autoridade administrativa, assim violando o sistema constitucional. É necessário a lei determinar limites, correlacionar condutas e sanções, procedimentos processuais e os critérios dosimétricos na aplicação das sanções, para o correto exercício do Direito Administrativo Sancionador.

## REFERÊNCIAS

ADVOGACIA GERAL DA UNIÃO. Modelos de licitações e contratos. Brasília: 2018. Disponível em: < [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/270265](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270265) > Acesso em: 20 fev. 2018.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação**. 10º. ed. São Paulo : Atlas, 2010.

ABREU, Eliane Regis de. **O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002**. 2015. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10836/1/2015\\_ElianeRegisdeAbreu.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10836/1/2015_ElianeRegisdeAbreu.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 14º. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21º. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação**. 10. ed. São Paulo : Atlas, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BIELSA, Rafael. **A ação popular e o Poder Discricionário da Administração**. In: revista Forense. Rio de Janeiro: Revista Forense, jan./fev./1995.p.46 Apud: TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida . Discricionariedade administrativa: ação de improbidade & controle principiológico. Curitiba: Juruá, 2004.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Acórdão nº 137/2010/Primeira Câmara/TCU**. Brasília, DF, 26 jan. 2010. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31313433333833&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&base=s=ACORDAOCOMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1> > Acesso em: 02 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Acórdão nº 754/2015/Plenário/TCU**. Brasília, DF, 12 mai. 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31333535363434&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAOCOMPLETO;&hi>>

ghlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1> Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Acórdão nº 2.530/2015/Plenário/TCU**. Brasília, DF, 14 out. 2015. Disponível em:<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2530%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em: 20 fev. 2018

\_\_\_\_\_. **Acórdão nº 2.962/2015/Plenário/TCU**. Brasília, DF, 18 nov. 2015. Disponível em:<<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=10071174>>Acesso em: 20 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgação em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Caderno de Logística - Sanções Administrativas: diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico**. Brasília – DF: MPOG, 2015. Disponível em:<<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>> Acesso em: 06 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Instrução Normativa nº 01, de 13 de outubro de 2017**. Estabelece critérios sobre conduta e dosimetria na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista no art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, no âmbito da Presidência da República. Brasília – DF

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 02, de 11 de outubro de 2010**. Estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG. Brasília – DF

\_\_\_\_\_. **Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 fev. 1999.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 jul. 2002.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre

segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 abr 2018.

\_\_\_\_\_. **Parecer n.º 087/2011/DECOR/CGU/AGU.** Dispõe sobre os efeitos da sanção de Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, da Lei n.º 8.666/93). 11 nov. 2011. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/9664342](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/9664342). Acesso em: 24 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Orientação normativa n.º 049/2014/AGU.** Dispõe sobre os efeitos da sanção de Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, da Lei n.º 8.666/93). 25 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.procuradoriafederal.ufscar.br/areas/administracao-1/licitacoes-1/orientacoes-normativas-e-sumulas>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo.** 30.ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo.** 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIOS, Laureano Canabarro. **Princípio constitucional da individualização da pena no âmbito do Tribunal de Contas da União.** 2006. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/principio-constitucional-da-individualizacao-da-pena-no-ambito-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>> Acesso em: 28/04/2017.

Fenilini, Renato. **Sanções Administrativas.** In: SEI - Seleção de Estudos e Instruções sobre Licitações e Contratos. Curitiba: Negócios Públicos, 2018.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Princípios do Processo Administrativo e a Importância do Processo Administrativo no Estado de Direito** (arts. 1º e 2º). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord) et al. Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FLEURY, Felipe Blanco Garcia Guimarães. **As infrações e sanções administrativas aplicáveis a licitações e contratos (Leis 8.666/93, 10.520/02, 12.462/11 e 12.846/13).** 2016. 182 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <[https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7041/1/Felipe Blanco Garcia Guimaraes Fleury.pdf](https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7041/1/Felipe%20Blanco%20Garcia%20Guimaraes%20Fleury.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991. Apud Nucci, Guilherme de Souza Manual de direito penal. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 37-39 apud DIOS, Laureano Canabarro . PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO .Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de especialização em Direito Público e Controle Externo. BRASÍLIA 2006

Mazza, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDEIROS, Fábio Mauro de. **O Novo Entendimento do TCU Acerca da Aplicação de Sanções no Âmbito dos Contratos Administrativos** (Quando Aplicá-lo). Revista da AGU , v. 30, p. 34, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Sanção administrativa e princípio da legalidade**. In: Devido Processo Legal na Administração Pública. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Curitiba: Zênite Editora, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, José Carlos. **Sanções Administrativas e Crimes Licitatórios**. Curso de Aperfeiçoamento em Licitação e Contratação Pública. São Paulo: Unesp Corporativa. 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2012. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PESTANA, Marcio. **Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. **O Artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 e as Normas Gerais de Licitações**. 2005. Disponível em: <<http://www.pauloreis.adv.br/preis/Download.php?tipo=A&id=23>>. Acesso em: 11/02/2018.

SOUZA, Guilherme Yadoya de. **Aspectos de individualização e de dosimetria das sanções administrativas**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014. 76f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em:

<file:///C:/Users/livin/Desktop/Aspectos%20de%20individualização%20e%20dosimetria%20da%20pena.pdf> Acesso em: 13 jan. 2018

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida . **Discrecionalidade administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004.

VITTA, Heraldo Garcia. **Mandado de Segurança: comentários à lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VITTA, Heraldo Garcia. **Infrações e Sanções Administrativo-ambientais: Comentários ao Resp,STJ, 1.091.486-RO**. In: O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ZANONI, Lisías. **Curso de Sanções Administrativas nas Contratações Públicas**. Curitiba: ESAF, 2016.

## ANEXO

**ANEXO A – Cláusula décima quarta do edital do pregão eletrônico nº 16/2018 do Tribunal de Contas da União**

**CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – DAS SANÇÕES**

1. Com fundamento no artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, ficará impedida de licitar e contratar com a União e será descredenciada do SICAF, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, garantida a ampla defesa, sem prejuízo da rescisão unilateral do contrato e da aplicação de multa de até 30% (trinta por cento) sobre o valor total da contratação, a CONTRATADA que:

1.1. apresentar documentação falsa;

1.2. fraudar a execução do contrato;

1.3. comportar-se de modo inidôneo;

1.4. fizer declaração falsa; ou

1.5. cometer fraude fiscal.

2. Para os fins do item 1.3, reputar-se-ão inidôneos atos tais como os descritos nos artigos 92, parágrafo único, 96 e 97, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

3. Com fundamento nos artigos 86 e 87, incisos I a IV, da Lei nº 8.666, de 1993; e no art. 7º da Lei nº 10.520, de 17/07/2002, nos casos de retardamento, de falha na execução do contrato ou de inexecução total do objeto, garantida a ampla defesa, a CONTRATADA poderá ser apenada, isoladamente, ou juntamente com as multas definidas nos itens 4, 5 e 6 e nas tabelas 1, 2 e 3 abaixo, com as seguintes penalidades:

3.1. advertência;

3.2. suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração do Tribunal de Contas da União (TCU), por prazo não superior a dois anos;

3.3. declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a CONTRATADA ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior;

3.4. impedimento de licitar e contratar com a União e descredenciamento no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º da Lei nº 10.520/2002, pelo prazo de até cinco anos.

4. No caso de inexecução total do objeto, garantida a ampla defesa e o contraditório, a CONTRATADA estará sujeita à aplicação de multa de até 30% (trinta por cento) do valor do contrato.



4.1. Configurar-se-á a inexecução total do contrato quando a CONTRATADA, injustificadamente, atrasar o início da execução do objeto pelo prazo de 20 (vinte) dias consecutivos.

5. No caso de retardamento da execução, salvo motivo de força maior ou caso fortuito justificado por escrito e aceito pela Administração, a CONTRATADA poderá ser sancionada com multa de 1,5% (um e meio por cento) do valor contratado por dia de atraso na execução do objeto até o máximo de 30% (trinta por cento), o que configurará a inexecução total do contrato.

5.1. Configurar-se-á o retardamento da execução quando a CONTRATADA deixar de iniciar, sem causa justificada, a execução do contrato na data definida pelo Serviço de Promoção de Saúde e Bem-Estar (SBE).

6. A falha na execução do contrato estará configurada quando a CONTRATADA se enquadrar em pelo menos uma das situações previstas na tabela 3 abaixo, respeitada a graduação de infrações conforme tabela 1 deste item, e alcançar o total de 20 (vinte) pontos, cumulativamente.

Tabela 1

Grau da infração	Pontos da infração
1	2
2	3
3	4
4	5
5	8
6	10

7. Pelo descumprimento das obrigações contratuais, a Administração poderá aplicar multas conforme a graduação estabelecida nas tabelas seguintes:

Tabela 2

Grau	Correspondência ao valor total do contrato (R\$)
1	0,30%
2	0,50%
3	0,70%
4	0,90%
5	1,5%
6	3,0%

Tabela 3

Item	Descrição	Grau	Incidência
1	Atrasar, suspender ou interromper, salvo motivo	5	Por dia e por

	de força maior ou caso fortuito, a entrega e aplicação das vacinas, prejudicando, inclusive, o período determinado para a campanha de vacinação previsto nos subitens 1.3.1 e 1.3.2 da CLÁUSULA QUARTA – DOS PRAZOS DE EXECUÇÃO.		ocorrência, em cada unidade de atendimento.
2	Permitir situação que crie a possibilidade de causar ou que cause dano físico, lesão corporal ou consequências letais.	6	Por ocorrência
3	Subcontratar o gesto vacinal de maneira que não seja realizado por empresas e profissionais legalmente habilitados.	6	Por ocorrência
Para os itens a seguir, deixar de:			
4	Cumprir determinação formal ou instrução complementar da FISCALIZAÇÃO.	2	Por ocorrência
5	Apresentar notas fiscais discriminando preço e quantidade de todo o objeto fornecido.	2	Por ocorrência
6	Entregar ou entregar com atraso os esclarecimentos formais solicitados para sanar as inconsistências ou dúvidas suscitadas durante a execução do contrato.	2	Por ocorrência e por dia
7	Substituir, reparar ou remover o objeto incompatível com o contratado ou que apresentar defeito/vício, no prazo definido, contado da comunicação da CONTRATANTE.	2	Por item e por dia
8	Comunicar à CONTRATANTE, no prazo definido, os motivos que impossibilitarão o atendimento tempestivo da solicitação.	3	Por dia
9	Apresentar a documentação exigida por força contratual e legal.	2	Por dia e por ocorrência
10	Cumprir quaisquer dos itens do contrato e seus anexos não previstos nesta tabela de multas, após reincidência formalmente notificada pela unidade fiscalizadora.	3	Por item e por ocorrência

8. O valor da multa poderá ser descontado do pagamento a ser efetuado à CONTRATADA.

8.1 Se o valor a ser pago à CONTRATADA não for suficiente para cobrir o valor da multa, a diferença será descontada da garantia contratual.

8.2 Se os valores do pagamento e da garantia forem insuficientes, fica a CONTRATADA obrigada a recolher a importância devida no prazo de 15 (quinze) dias, contado da comunicação oficial.

8.3. Esgotados os meios administrativos para cobrança do valor devido à CONTRATANTE pela CONTRATADA, esta será encaminhada para inscrição em dívida ativa.

8.4. Caso o valor da garantia seja utilizado no todo ou em parte para o pagamento da multa, esta deve ser complementada no prazo de até 10 (dez) dias úteis, contado da solicitação da CONTRATANTE.

**Fonte:** Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/comunidades/licitacoes-e-contratos-do-tcu/licitacoes/licitacoes-em-andamento/>> Acesso em: 10/01/2018

**ANEXO B - Instrução normativa nº 1, de 13 de outubro de 2017 da presidência da república**

**INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 13 DE OUTUBRO DE 2017**

**PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**

**SECRETARIA-GERAL**

**SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO**

DOU de 16/10/2017 (nº 198, Seção 1, pág. 5)

Estabelece critérios sobre conduta e dosimetria na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista no art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, no âmbito da Presidência da República.

O SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o inciso VII, do art. 7º, do Anexo V do Decreto nº 9.038, de 26 de abril de 2017, e considerando o teor das determinações 9.5.1 e 9.5.2 do Acórdão nº 754/2015-TCU-Plenário, expedido pelo Tribunal de Contas da União, as quais foram objeto de divulgação aos órgãos do Sistema de Serviços Gerais - SISG no Portal de Compras do Governo Federal; considerando a necessidade de instrução processual administrativa no âmbito da Presidência da República com adequação entre meios e fins, com vedação a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, resolve:

Art. 1º - Estabelecer procedimentos para a definição da dosimetria na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista no art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, no âmbito da Presidência da República.

Art. 2º - Nas licitações na modalidade pregão realizadas no âmbito da Presidência da República é obrigatória a instauração de procedimento administrativo para a aplicação das respectivas sanções, quando da ocorrência das condutas a seguir relacionadas:

I - não assinar o contrato/ata de registro de preços ou não aceitar/retirar o instrumento equivalente, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta:

Pena - impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF pelo período de 4 (quatro) meses;

II - deixar de entregar documentação exigida para o certame:

Pena - impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 2 (dois) meses;

III - fizer declaração falsa ou apresentar documentação falsa:

Pena - impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 24 (vinte e quatro) meses;

IV - ensejar o retardamento da execução do objeto:

Pena - impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 4 (quatro) meses;

V - não manter a proposta:

Pena - impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 4 (quatro) meses;

VI - falhar na execução do contrato:

Pena - impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 12 (doze) meses;

VII - fraudar na execução do contrato:

Pena - impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 30 (trinta) meses;

VIII - comportar-se de modo inidôneo:

Pena - impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 24 (vinte e quatro) meses; e

IX - cometer fraude fiscal:

Pena - impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 40 (quarenta) meses;

Parágrafo único - Para os fins desta Instrução Normativa, considera-se:

I - retardar a execução do objeto qualquer ação ou omissão do licitante que prejudique o bom andamento da licitação, inclusive deixar de entregar a amostra no prazo assinalado no edital, que evidencie tentativa de indução a erro no julgamento, ou que atrase a assinatura do contrato ou da ata de registro de preços;

II - não manter a proposta a ausência de seu envio, bem como a recusa do envio de seu detalhamento, quando exigível, ou ainda o pedido, pelo licitante, da desclassificação de sua proposta, quando encerrada a etapa competitiva, desde que não esteja fundamentada na demonstração de vício ou falha na sua elaboração, que evidencie a impossibilidade de seu cumprimento;

III - falhar na execução contratual o inadimplemento grave ou inescusável de obrigação assumida pelo contratado;

IV - fraudar na execução contratual a prática de qualquer ato destinado à obtenção de vantagem ilícita, induzindo ou mantendo em erro a Administração Pública; e

V - comportar-se de modo inidôneo a prática de atos direcionados a prejudicar o bom andamento do certame ou do contrato, tais como a fraude ou frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório, ação em conluio ou em desconformidade com a lei, indução deliberada a erro no julgamento, prestação falsa de informações, apresentação de documentação com informações inverídicas, ou que contenha emenda ou rasura, destinados a prejudicar a veracidade de seu teor original.

Art. 3º - As sanções previstas nos incisos I a IX do art. 2º poderão ser majoradas em 50% (cinquenta por cento), para cada agravante, até o limite de 60 (sessenta) meses, em decorrência do seguinte:

I - quando restar comprovado que o licitante ou contratado tenha registro no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF de penalidade aplicada no âmbito da Presidência da República, em decorrência da prática de qualquer das condutas tipificadas na presente norma, nos 12 (doze) meses que antecederam o fato em decorrência do qual será aplicada a penalidade;

II - quando restar comprovado que o licitante tenha sido desclassificado ou inabilitado por não atender às condições do edital, quando for notória a sua impossibilidade de atendimento ao estabelecido;

III - quando o licitante, deliberadamente, não responder às diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo licitatório; ou

IV - quando restar comprovado que o licitante tenha prestado declaração falsa de que é beneficiário do tratamento diferenciado concedido em legislação específica.

Art. 4º - As penas previstas nos incisos I, II, IV e V do art. 2º poderão ser reduzidas em 50% (cinquenta por cento), uma única vez, após a incidência do previsto no art. 3º, quando não tenha havido nenhum dano à Administração, em decorrência de qualquer das seguintes atenuantes:

I - a conduta praticada tenha sido, desde que devidamente comprovada, decorrente de falha escusável do licitante ou contratado;

II - a conduta praticada seja decorrente da apresentação de documentação que contenha vícios ou omissões para os quais não tenha contribuído, ou que não sejam de fácil identificação, desde que devidamente comprovado; ou

III - a conduta praticada seja decorrente da apresentação de documentação que não atendeu às exigências do edital, desde que reste evidenciado equívoco em seu encaminhamento e a ausência de dolo.

Art. 5º - A penalidade a que se refere o inciso II do art. 2º será afastada quando a entrega da documentação ocorrer fora dos prazos estabelecidos, desde que não tenha acarretado prejuízos à Administração, observando-se ainda, cumulativamente, que:

I - a documentação entregue esteja correta e adequada ao que fora solicitado;

II - o eventual atraso no cumprimento dos prazos não seja superior a sua quarta parte;

III - não tenha ocorrido nenhuma solicitação de prorrogação dos prazos;

IV - não tenha ocorrido nenhuma hipótese de agravantes prevista no art. 3º; e

V - o licitante faltoso não tenha sofrido registro de penalidade no SICAF em decorrência da prática de quaisquer condutas tipificadas na presente norma em procedimentos licitatórios ou em contratações ocorridas nos 12 (doze) meses que antecederam o fato em razão do qual será aplicada a penalidade.

Art. 6º - Quando a ação ou omissão do licitante ou contratante ensejar o enquadramento de concurso de condutas, aplicar-se-á a pena mais grave.

Art. 7º - A aplicação das penas previstas nesta Instrução Normativa não exclui a possibilidade de aplicação de outras sanções previstas no edital, no contrato ou na legislação vigente, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal, inclusive por perdas e danos causados à Administração.

Art. 8º - Na apuração dos fatos de que trata a presente Instrução, a Administração atuará com base no princípio da boa-fé objetiva, assegurando ao licitante ou ao contratante a ampla defesa e o contraditório, o direito de juntar todo e qualquer meio de prova necessário à sua defesa, podendo, inclusive, requerer diligências.

Parágrafo único - A Administração Pública formará sua convicção com base na livre apreciação dos fatos e condutas praticadas, devendo, quando necessário, promover diligências para a apuração da veracidade das informações e provas apresentadas pela defesa.

Art. 9º - Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

ANTONIO CARLOS PAIVA FUTURO

Fonte: Disponível em:  
<<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/df2768f3a6c2d553f9d6e99725373d6b.pdf>> Acesso em: 10/01/2018.